Digitized by Google

J. pract. Archiv
8° 2/2

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

<36621756500013

<36621756500013

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für die

Civilistische Praxis.

Herausgegeben

von

Dr. J. C. Gensler,
Geh. Justizrath und Professor der Rechte zu Heidelberg.

Dr. C. J. A. Mittermaier,
Professor der Rechte zu Bonn.

Dr. C. W. Schweitzer,
Geh. Staatsrath zu Weimar.

Zweiter Band,

in drei Heften,

nebst dem Inhaltsregister.

Heidelberg,
im Verlag der academischen Buchhandlung
von Mohr und Winter.
1819.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

Vorrede.

Der Inhalt dieses zweiten Bandes des Archivs für die civilistische Praxis und das lebendige Voranschreiten dieser Zeitschrift, die Männer, welche sie der Begünstigung für werth achten und durch Beiträge unterstützen, mögen zum Beweis dienen, daß ihr Zweck nicht nur richtig ergriffen, sondern auch von Sachverständigen gebilliget wurde. Zugleich ermuthigte uns die Stimme öffentlicher Blätter zum raschen Fortschritt. Für das Jahr 1820 wird daher auch der dritte Band erscheinen, zumal da wir uns bereits in dem Besitz solcher Beiträge befinden, deren Verfasser und Inhalt für eine ersprießliche Einwirkung auf das wissenschaftlich-practische Geschäftsleben der teutschen Richter und Rechtsfreunde von selbst bürgen, und da uns die Mithülfe gefeierter Namen von neuem zugesichert wurde. Wenn mancher so schätzbarer, als gelehrter und vollzwecklicher, Beitrag in dem zweiten Band

Digitized by Google

ungedruckt bliebe, so rechne man dieses nachsichtig Theils auf die beabsichtigte Vertheilung der einzelnen Mitarbeiter, Theils auf den beschränkten Raum jedes Heftes, so wie auf den Mitzweck, durch processualische Abhandlungen auch den academischen Vortrag zu erleichtern und zugleich die studirenden, das practische Rechtsleben anschauenden, Academiker zu einem wissenschaftlichen Blick und Streben hinzuleiten. Jene sorglich aufbewahrten Beiträge werden nunmehr voran an das Licht treten.

Heidelberg, gegen das Ende des Jahres 1819.

Gensler. Mittermaier. Schweitzer.

Digitized by Google

Archiv
für die
civilistische Praxis.

Zweiter Band. Erstes Heft.

I.

1) Von der Beweiskraft einer Privaturkunde gegen einen Dritten und dessen teutschrechtlicher Verbindlichkeit zur Anerkennug oder eidlichen Ableugnung, besonders in Hinsicht auf Cession.

2) Von dem Antrag des Schiedeseides über die Handlung eines Andern — facta aliena — namentlich über die Cession.

3) Eine nähere Erörterung der Streitfrage: darf ein streitender Theil dem andern über die Legitimation zur Sache den Schiedseid antragen?

Von Gensler.

§. 1.

Oft verhandelt, aber immer noch unentschieden, und dennoch sehr erheblich, sowohl für die gerichtliche Praxis, als für eine neue Gesetzgebung, ist insonderheit obige, unter 3. vorgesteckte, von dem Ueberschriebenen an einem andern Orte [1]) schon be-

1) In dem Handbuche zu Martins Lehrbuch des teutschen gem. bürgerl. Processes. Thl. I. pag. 163 ff.

Digitized by Google

leuchtete Streitfrage. Dort wurde diese bejahet, unbedingt, es sey von der Activ- oder Passivlegitimation des Klägers oder des Beklagten die Rede [2]). Hiergegen machte Mühlenbruch [3]) fast bittere Bemerkungen, welchen man aber, ohne die Bescheidenheit zu verletzen, auch mit der von ihm selbst aufgeworfenen Frage entgegen kommen darf: womit will man eine solche — — Theorie rechtfertigen? — Nach Mühlenbruchs Meinung sollen zum Beweis der geschehenen Cession einer Forderung nur Zeugen und öffentliche Urkunden, wohin auch die Notariatsinstrumente (?) gehörten, die einzigen absolut gültigen Beweismittel seyn. Bringe der Cessionar blos einen Privatcessionsschein bei, so könne der Schuldner verlangen, „daß der vorgebliche Cessionar die Aechtheit jenes Documents durch die gewöhnlichen (?) Beweismittel darthue.“ Die Eidesdelation finde nicht statt; denn a) man könne nur wegen der eigenen Handlung des Beklagten diesem den Eid antragen, ein juramentum credulitatis et ignorantiae hingegen nur wegen der Handlungen derjenigen Personen, in deren Stelle er, der Delate, getreten sey; b) werde der Eid dem Kläger zurückgegeben, dieser aber schwöre ihn ab, so müsse ja der Beklagte α) diesen Kläger, und, sey die Cession nicht wahr gewesen, nachher auch β) den wahren Gläubiger, mithin doppelt, und möglicher Weise noch mehrmals zahlen. So leicht (spricht Mühlenbruch weiter) wollten es die Gesetze den Abentheurern und Strauchdieben nicht machen. Auch enthielten dieselben, namentlich L. 3. §. 3. L. 9. §. 7. L. 11. pr. et §. 3. L. 13. §. 1. D. 12. 2.

---

2) Eben daselbst wurde pag. 112 ff. ausgeführet, daß die Passiv-Legitimation auch auf Seiten des Klägers eben sowohl in Betracht kommen könne, als die Activlegitimation auf Seiten des Beklagten.

3) In der Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald 1817. §. 61. pag. 547.

Digitized by Google

nichts für das Bejahen obiger Frage, diese angewandt auf die Cession.

Fast jedes in diesem Vortrag enthaltene Princip ist ein Rechtsirrthum, und stehet resp. mit klaren Gesetzen und consequenten Rechtsgrundsätzen im Widerspruch.

Irrig ist hauptsächlich die Behauptung: „Privatcessionsurkunden könne der Schuldner so geradezu von der Hand schieben und sofort einen besondern Beweis ihrer Aechtheit verlangen.“

An diesem Ort kann und will man nicht tief in die Lehre von der Beweiskraft der Privatdocumente eingehen, sondern als generell nur kurz bemerken:

A) Der Regel nach beweisen sie, als eigene Behauptung ihres Autors, nichts für diesen [4]); ausgenommen a) wenn der Product, oder dessen Verbindlichkeitsvorgänger, Mitaussteller der Urkunde war [5]), oder b) diese auch selbst, vorzüglich in der vorliegenden Streitsache, als Beweismittel wider den jetzigen Producenten geltend gemacht hat [6]), und

---

4) Scriptum proprium nil probat pro scribente. L. 26. in f. D. 16. 3. L. 6 und 7. Cod. 4. 19. Nov. 48. Cap. 5. §. 1. Vergl. Martin in dem Lehrb. d. b. Proc. §. 195. Note b.

5) Denn dann liegt in der unbedingten Mitunterschrift ein Einräumen, Geständniß, der in der Urkunde von dem Mitautor behaupteten Thatsache. Auch darf man den Fall hinzufügen: wenn die einseitig ausgestellte Privaturkunde eine Verbindlichkeit dessen ausspricht, welchem sie eingehändiget wird, dieser selbige ohne Widerspruch als eine ihm dienende Urkunde annimmt und an sich behält, nachher aber, im Gefolge eines Editionsgesuchs ꝛc., sie herausgiebt, z. B. eine Quittung mit Bemerkung eines Restes der Schuld. Arg. L. 16. D. 14. 6.

6) L. 17. Cod. 4. 20. Thibaut in dem System des P. R. §. 1176.

Digitized by Google

c) die gehörig geeigenschafteten Bücher der Kaufleute [7]). Von dem Grad des Beweises, als richterliche Ueberzeugung [8]), ist hier nicht die Rede. —

B) Sie, die Privaturkunde, beweiset aber gegen den Aussteller, nach den Regeln der Beschaffenheit und Stärke außergerichtlicher Bekenntnisse [9]).

C) Privatdocumente beweisen nicht gegen einen Dritten, d. h. der weder Autor, noch dessen Nachfolger in dem streitigen Rechtsverhältniß ist, insoferne sie eine ihm nachtheilige, wenn gleich dem Aussteller nicht nützliche [10]), Behauptung, Erzählung einer Thatsache, in sich enthalten, und diese durch die Privaturkunde bewiesen werden soll. Daher sind schriftliche Privatatteste der Zeugen der Regel nach ohne alle Beweiskraft und Wirkung [11]). Selbst die Annotationen der Aeltern können in Hinsicht auf die Rechtsverhältnisse ihrer Kinder unter einander höchstens eine Wahrscheinlichkeit [12]) begründen [13]).

D) Dahingegen beweiset eine solche Privaturkunde für und wider den Dritten, in welcher und durch welche der Autor eine freie, von dem Willen und von der Concurrenz eines andern Subjects nicht abhängige, Disposition über die

---

7) Martin, in dem Lehrbuch ꝛc. §. 195. Note b.

8) Archiv Heft I. Abh. III. S. 29. nr. 2.

9) L. 29. D. 22. 3. Martin, a. a. O. §. 195. Arch. Heft I. Abh. III. S. 49. Note **.

10) Denn ist sie ihm selbst vortheilhaft, so tritt schon der unter A. erwähnte Fall ein, mit den Gesetzen in der Note 4.

11) Testibus, (juratis) non testimoniis, (schriftlichen Privatattesten) creditur. L. 3. §. 3. Dig. 22. 5. mit L. 9. Cod. 4. 20.

12) Archiv, Heft I. Abh. III. S. 35. nr. 2.

13) Thibaut, in dem Syst. des Pand. R. §. 1177.

Digitized by Google

Bestandtheile seines Privatvermögens ausspricht und beurkundet [14]). Es gehören dahin z. B. schriftliche Privattestamente, Quittungen, Schenkungen, Vollmachten, und namentlich auch Cessionen.

Es kommt hierbei nur auf die Wahrheit solcher freien und legalen Dispositionshandlungen an, um diesen eine allgemeine, von jedem anzuerkennende, Rechtswirkung im Verhältniß zu jedem Dritten zu verschaffen, so lange das Gesetz jenen Dispositionsact bürgerlicher Rechtsfreiheit mit obrigkeitlicher Auctoritas nicht bedingt. Insonderheit aber muß sich der Schuldner gefallen lassen, daß, ohne alle dessen Concurrenz, der Gläubiger einen andern Gläubiger an seine Stelle setze, die Forderung cedire [15]), sowohl außergerichtlich, als gerichtlich, ohne Zeugen und mit Zeugen. Immer fragt es sich dabei nur: „ist es wahr, daß die Cession so geschehen sey, wie der angebliche Cessionar sie behauptet?“ vorausgesetzt, dessen Behauptung enthält zugleich die legalen Merkmale und Erfordernisse einer rechtsgültigen Cession [16]). Der Cedent

---

14) Thibaut, a. a. O. §. 1176. Gönner, in dem Handb. Abh. 46. §. 17 f. Martin, a. a. O. §. 195. Aus eben diesem Grund muß der Dritte diejenige Privaturkunde als wider ihn beweiskräftig anerkennen, welche über das verhandelte freie Rechtsgeschäft anderer Subjecte von diesen gemeinschaftlich gefertiget wurde. Leyser, in medit. ad Pand. sp. 275. med. 4.

15) Nominis venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. L. 1 Cod. 8. 42. L. 3. Cod. 4. 39.

16) Mithin die Cessionsurkunde, welche er zum Beweis seiner Behauptung producirt, insonderheit auch nicht nur den speciellen Erwerbtitel, z. B. ob die Forderung gekauft, ertauscht, geschenkt worden sey u. dgl., sondern auch bei dem Kauf die von dem Cessionar gezahlte oder zu zahlende Summe. Fehlt der Titel, so ist die Urkunde als indiscret anzusehen. Arg.

Digitized by Google

kann das Geschehenseyn der Rechtsfortpflanzung persönlich, aus eigenem Munde, sowohl außer als in dem Gericht, dem Schuldner andeuten, und der Cessus muß dieses glauben und achten. Er kann von dem Cedenten höchstens nur so viel verlangen, daß dieser ihm ein Beweismittel über jenen Act der Disposition in die Hände gebe, um den Cessionar mit voller Sicherheit zahlen zu können. Und dieses Beweismittel darf eine Privaturkunde seyn. Erhält nun der Cessionar von dem Cedenten ein solches, den Hergang und die Legalität der Cession aussprechendes Document [17]), so ist dieses keinesweges das kahle Attest eines Zeugen, auch nicht ein bloses Geständniß, sondern, wie oben erwähnt, die Beurkundung eines solchen Rechtsdispositionsacts, welcher von dem freien Rechtswillen des Autors ausgehet, und daher nicht nur von allen Mitbürgern, sondern auch von der Obrigkeit selbst, geachtet und geglaubt werden muß, bis Jemand die Illegalität [18]) der Disposition selbst,

---

L. 25. §. 4. D. 22. 4. und allgemeine Bezeichnungen, z. B. vergütet, befriediget u. dgl., können, als dunkel, jenem Mangel nicht abhelfen; von Wechseln abgesehen. Fehlt bei dem Kauf die Summe, so wird dem Cessus die Beleuchtung des Geschäfts und seine Vertheidigung, besonders der Gebrauch der Einrede aus dem Anast. Gesetz beengt. Die Worte: „licet instrum. cessionis venditionis nomen insertum sit," L. 22. Cod. 4. 35. wollen offenbar nichts weiter sagen, als: „wenn auch in der Cessionsurkunde der Titel des Kaufs gedacht wäre," d. h. im Allgemeinen, ohne die Kaufsumme anzugeben. Aus ihnen folgt sogar e contrario, daß, ist die Kaufsumme speciell genannt, alsdann die vorhergehenden Worte zur Anwendung kommen: usque ad rel. Stehet nun in der Urkunde: „die Summe des Kaufpreises sey der Summe der cedirten Urkunde gleich," so ist der Sache genug geschehen, und der Schuldner muß dieses entweder für Wahrheit gelten lassen, oder ein Falsum, eine Simulation u. dgl, beweisen. Note 18. 19.

17) M. s. Note 16.

18) Falsum, adsimulatio, occultatio, sind selbstständige Be-

und sein Interesse hierbei, behauptet und nachweiset [19]). Erschiene der Cedent vor Gericht, und spräche hier jenen Dispositionsact mündlich aus, gäbe er den Titel des Cessionars an,

---

hauptungen, die der, welcher sie aufstellt, um so gewisser auch selbst beweisen muß, weil man sonst das Daseyn eines Delicts vermuthen, ja dieses aus einem an sich gesetzlich erlaubten Rechtsgeschäft folgern müßte.

19) Dies erkennt auch Mühlenbruch S. 549. selbst an, und sein dort, Note 26, aufgestelltes Princip von dem Beweis der exc. leg. Anast. verdient gewiß vor allen andern Meinungen den Vorzug. Der Cessionar muß allerdings immer den Beweis führen, „daß er die Forderung legal erworben habe," mithin bei dem Kauf; „mit welcher Zahlung;" allein diesen Beweis bildet schon vollkommen des zur freien Disposition und zum Empfang rechtsfähigen Cedenten Erklärung und Beurkundung: „er habe die in der Cessionsurkunde genannte Summe als Kaufgeld der Forderung von dem Cessionar bezahlt oder versprochen erhalten." Kein Gesetz beschränkt ihn hierunter, und es würde eine solche Beschränkung zu der Absurdität und Sklaverei führen, daß das Kaufgeld vor Gericht, oder wenigstens vor Zeugen, gezahlt werden müßte, welcher Zwang aber doch nicht verhüten könnte, daß der Empfänger nachher einen Theil heimlich zurückgäbe, oder sich mit eigenem Geld öffentlich bezahlen ließe. Ist es denn mehr, ob jemand vor Gericht erklärt: „er sey mit einer bestimmten Summe bezahlt worden," als wenn er dieses durch ein Privatdocument beurkundet? — So lange dieser Beweis nicht vorhanden ist, trifft freilich, verneint der Cessus die volle Zahlung, den Cessionar die Beweislast, nach den allgemeinen Principien. Archiv B. I. Heft II. Abh. S. 234. Ist aber jener Beweis gegeben, so stehet dem Cessus nur noch offen, das Nichtwahr zu beweisen; bei welchem directen Gegenbeweis nun die exceptio falsitatis, simulationis u. dgl. zugleich die Grundlage eines künstlichen directen Gegenbeweises bilden kann. In Ansehung der Einreden ist der Cessus ohnehin Actor. L. 19. pr. D. 22. 3. L. 1. Dig. 44. 1. Von einem solchen Fall spricht Paulus: si quis negat, emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debet. L. 5. D. 22. 3. und hiervon ausgegangen sprechen die Worte

eröffnete er, daß und wie dieser ihn bezahlt habe, oder befriedigen wolle, oder daß eine Schenkung der Titel der Fortpflanzung sey u. dgl., so darf so wenig die Obrigkeit, als der Cessus, ein juramentum assertorium von ihm, dem bekennend disponirenden Cedenten, verlangen. Die Nov. 48. Cap. 1. pr. wird man nicht hierher ziehen wollen. Besitzt und producirt also der angebliche Cessionar eine angeblich von dem Cedenten über die Cession ausgestellte, alle deren legale Erfoderniſſe in sich enthaltende, Privaturkunde, so bleibt nur noch die Frage übrig: „ist diese Urkunde ächt? d. h. hat sie der Gläubiger wirklich ausgestellt? — Und nunmehr wirft sich die Procedur auf die allgemeinen Rechtsprincipien von der Anerkennung der Urkunden, als Mittel, ihre Aechtheit außer Zweifel zu setzen.

Jede Privaturkunde, welche, rührt sie wirklich von dem her, dessen Name als Autor unterzeichnet ist, Beweiskraft [20]) gegen den Producenten hat, muß diese, verlangt es der Producent, nach teutschem Proceßrecht entweder als ächt anerkennen, oder eidlich ableugnen [21]), resp. durch ein juram. ignorantiae et credulitatis [22]), insoferne nämlich die Urkunde nicht von ihm selbst ausgestellt seyn soll.

---

in L. 23. §. 2. Cod. 4. 35. „Sed et si quis donationem .... quod datum esse comprobetur," gerade von der Beweislast des cedirten Schuldners, wie auch aus dem ganzen Zusammenhang des Gesetzes hervorleuchtet. Vergl. Note 18: Was das französische Civilrecht Art. 1328. wegen des Datums einer Privaturkunde verordnet, ist nicht teutschen Rechtens. Zeigen sich indicia falsi, so kann nach teutschem Proceßrecht auch ein einzelner Theil der Urkunde eidlich abgeleugnet werden, z. B. das Datum. Danz, in den Grundſ. des ord. bürg. Processes §. 333. Note d. ibi all.

20) Begründe sie auch nur einen Theil der richterlichen Ueberzeugung, einen gesetzlichen Eid u. s. w.

21) Archiv B. I. Heft I. Abh. III. S. 62.

22) Vergl. Note 9. und Note 24. zu §. 2. ders. Abh.

Digitized by

Dieſen ſogenannten Diffeſſionseid kennen nun freilich die römiſchen Geſetze nicht ſo, wie er nach dem einheimiſchen Recht [23]) gleichſam als ein juramentum legale außer Zweifel liegt, und in der Doctrin aus ſtarken, wenn auch nicht unwiderſprechlichen, Gründen als ein ſtillſchweigend angetragener Schiedseid angeſehen wird [24]). Allein bei obiger Frage iſt auch nicht die Rede von dem römiſchen, ſondern von dem teutſchen Proceß. Der Römer konnte die Anerkennung einer Privaturkunde allerdings verweigern, und hierdurch den Producenten zum Beweis ihrer Aechtheit unmittelbar nöthigen. Als Beweismittel hierzu beſtimmen einige Geſetze: a) Zeugen, welche von der Aechtheit jenes Documents aus eigener Perception Kundſchaft geben können; oder b) die Schriftvergleichung der Schreibkunſtverſtändigen. In beiden Fällen war jedoch der Product in Gefahr, eine Privatſtrafe zu bezahlen [25]). Es durfte aber auch der Producent c) dem Producten den Eid antragen [26]); und es iſt anzunehmen, daß dieſes geradezu über die Aechtheit der Urkunde geſchehen konnte. Denn der Eid war ein ordentliches Beweismittel nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch [27]), und durfte alſo ſtatt der Zeugen oder Schreibkunſtverſtändigen gewählt werden [28]). Dabei konnte nichts darauf ankommen, ob die

---

23) R. Abſch. v. J. 1654. §. 39.

24) Malblanc de jurejurando §. 50. Zimmern in comment. de juramento diffessionis. Heidelb. 1817. ibi all.

25) L. 16. pr. L. 20. Cod. 4. 21. Nov. 73. Cap. 1. 4. 7.

26) Auth. contra post leg. 4. Cod. 4. 30. ibi verba: nisi sacramento illato confiteatur.

27) M. Handb. a. a. O pag. 166. die Geſetze Note 112. J. H. Boehmer, in Exercit. ad Pand. T. III. Ex. 47. §. 7.

28) Auch die Nov. 3. Cap. 4. iſt von dieſem Fall zu verſtehen, und Nov. 18. Cap. 8. als Quelle der Auth. contra rel. Cod.

Digitized by Google

Urkunde eine Eigenschrift des Producten selbst, oder von einem solchen Subject ausgestellt seyn sollte, dessen Willen er zu befolgen verbindlich war. Unnöthig war es, in dem Gesetz diesen Fall und diese Fälle besonders zu bezeichnen; und wenn also die Worte des Gesetzes nur der propria scriptura, als des regelmäßigen Falles gedenken, so waren hiermit andere, gegen den Producten beweisende, Urkunden keinesweges ausgeschlossen. Wenigstens aber trat volle Analogie ein [30]).

§. 2.

Ueberhaupt ist es ein fortgeschleppter, auch von Mühlenbruch wieder aufgeraffter Irrsatz, „daß man dem Römer nur über seine eigene Thathandlungen, oder allenfalls über die seines Erblassers, den Schiedseid antragen können.“ Die Gesetze, welche man gewöhnlich, gleichsam herkömmlich, für jene verneinende Behauptung anzieht [1]), lassen diese gänzlich unbegründet [2]), und es wäre doch sonderbar, wenn

---

4. 30. bestätiget es deutlich. Die in der Nov. 18. C. 8. befindlichen Worte: „et probaverit legitimis modis actor“ schließen die juramenti delatio mit ein, und es ist dort von dem Beweis der Aechtheit der Schuldschrift die Rede. Conf. verba: „si enim protulerit aliquis scripturam, alter autem eam negaverit, rel.“ Eben so die Schlußworte jenes Gesetzes: „Si autem etiam reus proferat litteras actoris deinde ille (actor) eos neget, at ille (reus) probet eas, non solum repetetur, de quo negotiatio fuit rel. Hic quoque de jurisjurandi datione similiter etiam in actore introducatur ratio.

30) L. 10. 12 et 27. D. 1. 3.

1) L. 4. pr. pr. Dig. 12. 3. L. 11. §. 2. Dig. 25. 2.

2) M. Handb. a. a. O. pag, 166. Note 114. mit der dort angezogenen L. 4. Dig. 12. 3. vereinige man auch L. 34. §. 3. Dig. 12. 2. um zu entnehmen, daß das erste Gesetz nur von Nebenpersonen spricht.

Digitized by Google

die Römischen Gesetze, wäre jenes wahr, nicht wenigstens einmal den beschränkenden Satz ausgesprochen hätten [3]), während sie in nicht wenigen Fragmenten gleichsam ausrufen: jusjurandum et ad pecunias, et ad omnes res locum habet. Etiam de operis jusjurandum deferri potest rel. [4]). Dabei hatte das Gesetz nicht die Subjecte im Auge, welchen der Eid angetragen wurde, sondern das Factum, worüber geschworen werden sollte. War dieses relevant, folgte aus desselben Wahrheit oder Unwahrheit Recht und Zwangspflicht der Parteien, so war hiermit die Befugniß zur Eidesdelation vollbegründet, ohne Unterschied, ob der Delate von jenem Facto Kenntniß aus eigener Perception hatte, oder nicht. Im letzten Fall beschwor er sein Nichtwissen [5]), wollte er den Eid nicht zurückgeben. In Hinsicht auf den Erben ist dieses speciell angedeutet [6]) und in Ansehung anderer Interessenten des streitigen Rechts sprechen die Gesetze noch deutlicher aus, daß dem Gegner der Eid auch über ein

---

3) Andere Ausnahmen und Beschränkungen geben die Gesetze wohl an, nie findet man aber hierunter das factum alienum als Verhinderungsursache erwähnt, abgesehen von dem Fall in L. 4. Dig. 14. 3. und L. 11. §. 2. Dig. 25. 2; in welchem letzten Gesetz aber auch der Vater blos als Nebenperson gedacht wird, und von einem juramento veritatis des Erben die Rede ist. Handb. zu Martin pag. 167.

4) L. 34. pr. Dig. 12. 2. L. 25. §. 3. Dig. 22. 2. L. 3 et 10. Cod. 4. 1.

5) Wenn, wie oben ausgeführt wird, die Eidesdelation über ein relevantes factum alienum rechtserlaubt ist, so folgt von selbst, daß der Delate nur sein Wissen, und allenfalls, als Anhang, seine innere Ueberzeugung, eidlich zu erhärten hat. Denn absurd wäre es freilich anzunehmen, er solle die Wahrheit oder Unwahrheit einer nicht selbst perzipirten Thatsache direct beschwören.

6) L. 12. Cod. 4. 3.

Digitized by

solches thatsächliches Verhältniß angetragen werden durfte, von welchem er nicht Autor war, ja sich ohne Unbescheidenheit nicht einmal unterrichten konnte. So spricht Ulpian: unde Marcellus scribit, etiam de eo jurare potest, an praegnans sit mulier, vel non sit, et jurejurando standum [7]). Wer aber zweifeln wollte, daß Ulpian und Marcellus von dem juramento voluntario und zwar von dem Fall sprechen, wo das sich für schwanger ausgebende Weib in den Besitz des Vermögens ihres verstorbenen Ehemannes gerichtlich gesetzt seyn [8]), zu diesem Zweck nun ihre Schwangerschaft beweisen will, und deshalb dem Erben ihres Mannes den Schiedseid über die Wahrheit ihrer Schwangerschaft anträgt — wer klar lesen will, daß dieser Gegner den Eid annehmen oder zurückgeben mußte, der bemühe sich nur, das ganze Gesetz zu lesen. Für den Gegner ist aber doch wohl die vom verstorbenen Ehemann herrühren sollende Schwangerschaft ein factum plane alienum? Zudem ist die Qualität als schwanger nichts anders, als gerade die legitimatio ad causam. Auch über das eigene ausschließliche — alleinige — factische Verhältniß des Deferenten, und noch mehr also über das Factum eines Dritten, findet also die Eidesdelation statt, wenn nur die Wahrheit oder Unwahrheit dieser fremden Thathandlung für das unter den Proceßinteressenten streitige Recht relevant ist.

Es wurde schon erwähnt, daß in Hinsicht auf den Erben selbst aus dem Buchstaben der römischen Gesetze klar hervorgehet, daß derselbe den Antrag des Schiedseides über ein Factum des Erblassers sich gefallen lassen muß [9]), jedoch nur über das

---

7) L. 3. §. 3. Dig. 12. 2.

8) Dig. L. 37. tit. 9.

9) Durch die L. 12, Cod. 4. 1. wollte Justinian die Verzögerung der Eidesleistung verhüten, spricht dabei davon, daß der Delate vor dem Abschwur sterben könne, und setzt den Nachtheil für

Wissen dieses Facti sich zu erklären braucht [10]). Diese Vorschrift beziehet sich nun keineswegs auf die Qualität eines Erben an sich, sondern gehet unstreitig von dem Grundprincip aus, „weil das Factum des Erblassers für den Erben verbindlich ist, dieser also auf jenes Factum antworten und dessen Beweis sich gefallen lassen muß [11]). Von diesem Gesichtspunkt aus muß eben jener gesetzliche Wille bei dem Beweis jedes facti alieni zur Anwendung kommen, so oft und sobald nur dessen Wahrheit oder Unwahrheit für die streitenden Theile eine Zwangsverbindlichkeit begründet. Kann nun jede zu beweisende Behauptung durch den Schiedeseid bewiesen werden, wenn die Gesetze dieses allgemeine Beweismittel nicht ausdrücklich abschneiden, und sagen sie nirgends, „auch über das relevante factum alienum könne der Schiedeseid dem Principal nicht angetragen werden," so ist es eine gesetzlose Willkühr, dieses in der

---

den Gegner darein: cum multum discrepet juramentum hereditarium a principali sacramento, d. h. weil der Erbe nur das Nichtwissen beschwört, der Erblasser aber als Regel die Nichtwahrheit hätte beschwören müssen. Eben so schwört der Nachfolger eines Lehnherrn: se non credere, investituram factam esse ab antecessore suo. II. Feud. 58. §. cum datur. Das Nichtglauben schließt das Nichtwissen in sich, und die teutschen Reichsgesetze haben eine solche Antwort an mehreren Orten legalisirt. Z. B. R. A. v. 1654. §. 9. Vergl. Note 37.

10) L. 42. Dig. 50. 17. Conf. et L. 19. D. h. t.

11) An einem andern Orte, B. I. Heft I. Abh. III. S. 53. d. Arch., wurde bereits gezeigt, daß die Eidesdelation an sich kein Beweismittel, sondern daß dieses der Delate selbst als gewählter Zeuge in eigener Sache ist. Auch der geschworne Zeuge spricht oft nur ein: „ich weiß nicht" aus; warum aber soll dieses bei dem gewählten testis in propria causa der Fall nicht seyn können? Die Sache muß seine eigene seyn, nicht aber das Factum, aus welchem jene Sache zu beurtheilen ist.

Digitized by Google

Doctrin zu behaupten [12]). Daß sich der Vormund weigern kann, zu schwören [13]), insofern nicht von seiner eigenen Administrationshandlung die Rede ist [14]), daß dortbei das Gesetz sagt: grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores sub alieni compendii emolumento etiam perjurii anceps subire, hat, wie schon erwähnt wurde, lediglich seinen Grund darinnen, weil ein Vormund nicht der Principal ist, sondern nur eine Nebenperson. Wie es bei dem Principal als Erben sich ganz anders verhalte, ist aus andern Gesetzen bereits nachgewiesen worden. In einem andern Gesetz [15]), wo nicht von dem Erben die Rede ist, spricht Ulpian, nach vorausgeschicktem allgemeinen Princip: „in allen Sachen findet Eidesdelation statt, denn wenn der Adversarius nicht schwören will, mag er den Eid zurückgeben," weiter: Quid tamen si ideo dicat reus se liberatum, quoniam Stichum, quem promisserat, putat decessisse? Non erit tutus per relationem [16]); et ideo ex hac causa putat Marcellus, et recte, aut remittendum [19]) ei [18]) jusjurandum, aut spatium dandum, ut certiore-

---

12) Was Quinctilian äußert Lib. 5. Inst. orat. Cap. 6. stehet nicht in Justinians Gesetzsammlung, ist auch nur eine oratorische Bemerkung über die Bescheidenheit der Parteien in Hinsicht auf Eidesdelation, und schließt eine jur. ignorantiae et credulitatis nicht aus.

13) L. cit. 4. D. 12. 3.

14) L. 5. Cod. 4, 1. mit L. 69. §. 2. Dig. 3. 1. Cujacius, ad leg. 5. Cod. de rebus creditis.

15) L. 34. pr. Dig. 12. 2. Noodt, in comm. ad lib. 12. tit. 2. Dig. nennt dieses Gesetz einen locum obscurum; nur seine versuchte Aufhellung aber macht es dunkel.

16) Sc. adversarius.

18) Sc. a judice vel adversario.

18) Sc. adversario.

Digitized by Google

tur, et sic juret. Dieſes Geſetz unterſtellt: der Beklagte habe a) den Grund der Klage eingeſtanden, jedoch b) ſeinem adversario die Einrede entgegengeſetzt, „er könne den verſprochenen Sklaven deshalb nicht übergeben, weil dieſer, wie er, Beklagter, glaube, geſtorben ſey,“ und dabei c) dem Kläger den Eid über dieſe Einrede angetragen [19]). Dieſer Antrag wird nun von Marcellus nicht deshalb für unerlaubt gehalten, „weil der Tod des Sklaven keine eigene Handlung des Klägers ſey,“ ſondern „weil das putare zu vage, und ſo der adversarius nicht tutus per relationem iſt.“ Denn der Beklagte würde, ſchöbe ihm der Kläger den Eid zurück, nur ſein putare beſchwören. Der Kläger ſoll daher repliciren dürfen, „daß er zur Erklärung auf jene vage, ihn alſo in der Zurückſchiebung beſchränkende und gefährliche, Eidesdelation nicht pflichtig ſey.“ Wolle jedoch der Kläger, ſpricht Ulpian mit Marcellus weiter, ſo könne man ihm einen Zeitraum zur Erkundigung [20]) einräumen, und

---

19) Anders läßt ſich das Geſetz nicht deuten, da der Beklagte in Rückſicht auf die Einrede als Kläger zu beurtheilen iſt, jenen alſo die Beweislaſt traſe. L. 1. Dig. 44. 1. und L. 19. D. 22. 3. er ſich ſelbſt aber zum Eid nicht erbieten konnte. L. 3. pr. Dig. 12. 2. Er, der Beklagte, mußte alſo dem Kläger, ſeinem Adverſarius, den Eid angetragen haben.

20) Der Deferent ſelbſt hatte den Tod des Stichus nicht einmal als gewiß behauptet. Gerade dieſes Schwanken, und nur dieſes, veranlaßte den praktiſchen Zweifel, „wie der Fall zu entſcheiden ſeyn mögte.“ Der teutſche Richter würde eine ſo ſchwankende Behauptung als angebrachter Maßen unſtatthaft verwerfen. Daraus folgt aber dennoch nicht, daß niemand ex facto alieno klagen, darüber den Eid antragen, und, wird dieſer zurückgegeben, ein juram. ignorantiae et credulitatis abſchwören könne. Allerdings iſt alles dieſes rechtsmöglich; allein die Behauptung muß als gewiß aufgeſtellt und der Einlaſſung ausgeſtellt, nicht auf ein Wiſſen oder Glauben des Behauptenden gegründet werden. Dieſes näher in einem beſondern Rechtsfall.

Digitized by Google

er sodann schwören. Hierin liegt also wohl das Princip: „daß der Eid nur über bestimmte Thatsachen, nur über eine auf Seiten des Deferenten als gewiß behauptete Thatsache, dem Gegner angetragen werden soll," keineswegs aber das Verbot, „über ein bestimmtes, dem adversario nicht eigenes, Factum den Schiedseid zu deferiren." Vielmehr darf man aus der dem Delaten gegebenen Willkühr, den obgleich nicht gehörig angetragenen Eid anzunehmen, vollbegründet folgern, daß er nach vorgängiger Bedenk- und Forschungszeit schwören konnte: se non putare, Stichum decessisse. Denn, daß der Delate nicht mehr abzuschwören hat, als in der Behauptung des Deferenten liegt, versteht sich von selbst, und das certiorari bezeichnet nicht gerade die Erfahrung einer physischen Gewißheit, sondern auch eine bessere Begründung der innern Ueberzeugung, des redlichen Glaubens [21]). Den Satz: „der Delate sey nicht tutus per relationem," würde man, ihn so allgemeinhin aufgefaßt, jedem Eidesantrag entgegensetzen und damit jede Zurückschiebung als unerlaubt darstellen können. Denn es kann ja der Deferent als Relate den referirten Eid schwören und so ist der Referent niemals tutus. Dennoch sagt das Gesetz: nec de injuria queri adversarius potest, cum possit jusjurandum referre [22]), in einem andern Fragment aber, manifestae turpitudinis et confes-

---

21) Daß derjenige, welchem der Eid über ein alleiniges Factum (mere proprium) zugeschoben wurde, ihn nicht referiren kann, L. 11. §. 3. L. 12 et 13. D. 25. 2. hat seinen besondern weisen Grund. Handb. zu Martin S. 170. Note 119. In einem besondern Rechtsfall soll dieses noch weiter ausgeführt werden. Verwandt ist dortmit in Rücksicht auf die gesetzlichen Eide, daß, wenn eine Partei de ignorantia et credulitate die andere aber de veritate schwören kann, letzte als schwörender Theil vom Richter gewählt wird.

22) L. cit. 1. pr. D. 12. 2.

sionis est, nolle nec jurare, nec juramentum referre [23]). Nur so viel also kann dort und muß also, ist von einem bestimmt behaupteten facto alieno die Rede, dem Delaten zukommen, zu antworten: „ich weiß es nicht“ [24]).

Des jetzigen Beweisführers vielleicht unkluge Sicherheit zu eigenem Nachtheil, desselben Vernachlässigung anderer Beweismittel, entziehet ihm das Refugium zu dem allgemeinen Beweismittel durch den Antrag des Schiedseides keinesweges. Dieses sprechen die Gesetze klar genug aus [25]).

Die dem verehrlichen Mühlenbruch nicht beweisende L. 3. §. 3. Dig. 12. 2. mögte also sehr klar aussprechen: daß ein Beweisführer seinem Gegner den Eid nicht nur über ein für ihn, den Producten, verbindliches factum tertii, sondern sogar über ein relevantes alleiniges Factum seiner selbst, des Beweisführers, anzutragen befugt ist [26]).

---

23) L. 38. D. 12. 1.

24) Und nach teutschen Rechten: „ich glaube es auch nicht.“ Wenn in der L. 34. §. 8. Dig. 12. 2. gesagt wird: non semper consonans est per omnia referri jusjurandum, quale defertur, forsitan et diversitate rerum, vel personarum, quibusdam emergentibus, quae varietatem inducunt. Ideoque, si quid tale inciderit, officio judicis conceptio hujusmodi jurisjurandi terminetur, so ist dieses eben so gut auf den Delaten anwendbar, d. h. dieser kann auch verlangen, daß die Eidesformel auf bloses Nichtwissen gerichtet werde, wenn die Wahrheit eines facti alieni in Frage stehet. Denn was dem angreifenden Theil, dem Beweisführer, gestattet ist, muß noch mehr dem Producten zukommen. L. 41. Dig. 50. 17. Bedenkt man hierbei, daß die Römische Eidesformel auch die Worte enthielt: juro ex animi mei sententia, Brissonius, de form. et sol. pop. Rom. L. VIII. nr. IX, so war auch der Glaubenseid zugleich von selbst mitgegeben.

25) Nov. 73. Cap. 4.

26) In Sachsen zweifelt man hieran nicht; denn die Gesetzgebung

Er hätte jenes Gesetz aber durch Vereinigung mit dem gleichfalls angezogenen [27]), von ihm aber eines Blickes nicht gewürdigten, fr. 10. Dig. 37. 10. noch deutlicher und hier des Ueberschriebenen unfreundlich angefochtene Behauptung klar bestätiget finden können. Auch hier spricht Marcellus: cum mulier deferente herede juraverit, se praegnantem

---

hat es ausdrücklich bestätiget. Die ältern Proceßforderungen wollten: „sey von einem eigenen, wenigstens gemeinschaftlichen, Facto des Producten die Rede, so solle sich der Deferent der Formel bedienen: „er gäbe die Sache in das Gewissen des Gegners," (juram. veritatis), bei factis alienis aber (in Rücksicht auf den Producten, mit Einschluß des alleinigen facti deferentis) die Worte brauchen: Wissenschaft und Wohlbewußt" (juram. ignorantiae et credulitatis). Die neuern S. Proceßordnungen haben den Beweisführer von der Beobachtung dieses Unterschiedes entbunden, weil das Factum von selbst ergiebt, ob jener oder dieser Eid zu schwören, solches aber Gegenstand der richterlichen Reflexion und Thätigkeit ist. Schaumburg. in princip. prax. jud. lib. I. C. I. Mbr. III. Cap. V. §. 4. — Altenb. Proceßord. v. J. 1743. und Goth. Proc. Ordn. v. J. 1776. P. 1. Cap. XV. §. 5. Im Grunde ist dieses eine Bestätigung und Verdeutlichung der L. 34. §. 8. Dig. 12. 2., und es muß in Sachsen auch die überschriebene specielle Streitfrage für gesetzlich entschieden geachtet werden. Was die letzte Proceßordnung a. a. O. §. 8. wegen des Cedenten verordnet, beziehet sich auf die Fälle, wann entweder a) der Cessus wider den Cessionar solche Einreden wirksam machen will, die er gegen den Cedenten hatte, oder b) der debitor cessus die Forderung selbst verneint, und ihm der Cessionar hierüber den Eid anträgt. In diesen Fällen ist es nämlich ein gemeinschaftliches Princip, daß der Cessus verlangen kann, der zwar nicht selbst in lite befangene Cedent solle herbei kommen und resp. den Haupteid, resp. das jur. calumniae selbst schwören. Grolman in der Theorie d. ger. V. §. 91. Glück zu Hellfeld, §. 793. Note 18.

27) Handb. zu Martin, pag. 168. Note 115.

Digitized by Google

esse, bonorum possessio dari debet, vel denegari, si illa heredi detulit jusjurandum, cum causa cognita detur possessio rel.

Das Weib konnte also dem Erben ihres Mannes den Schiedseid darüber antragen, „daß sie schwanger sey,“ und der Erbe mußte schwören, wenn er den Eid nicht zurückgeben wollte. Vernünftiger Weise aber verstehet sich von selbst, daß er nur ex animi sui sententia sein Nichtwissen beschwor. Das Weib erhielt in diesem Fall die bonorum possessio nicht; allein das Erbrecht des nachher gebornen Kindes wurde dadurch eben so wenig verrückt, als dasjenige jenes Gegners seiner Mutter, wann diese den deferirten oder referirten Eid, „sie sey schwanger,“ geschworen hatte, solches jedoch in der Folge sich nicht bestätigte [28]). Damit stehet nun L. 3. §. 3. Dig. 12. 2. in voller Harmonie; und wollte man entgegnen, „sie spreche von einem außergerichtlichen Eid,“ so ist solches eines Theils nicht von Einfluß [29]), andern Theils aber bezieht sich die L. 10. all. D. 37. 10. in den Worten: causa cognita detur possessio, deutlich genug auf eine gerichtliche Verhandlung. Beide Gesetze sprechen also von einem facto mere proprio des Beweisführers; denn jedes thatsächliche Verhältniß ist ein Factum, und der Gegner des angeblich schwangern Weibes kann so wenig mit ihr zugleich schwanger seyn, als selbst eine inspectio ventris unternehmen, ut certioretur. Ob es bei den Römern eine Gewissensvertretung gegeben habe und also der Gegner des Weibes auf eine gerichtliche inspectio ventris antragen können, weiß kein teutscher Jurist mit Gewißheit [30]);

28) Ne aut heredi bonorum possessio data faciat praejudicium, aut denegata jus ordinarium eripiat pupillo. L. cit. 10. in fine D. 37. 10.

29) F. L. Boehmer, in Elect. jur. civ. T. II. Exerc. XIV. §. 11.

30) Malblanc, de jurejurando §. 58.

Digitized by Google

heut zu Tage aber würde es dem Delaten wohl möglich seyn, jenen Hülfsweg einzuschlagen.

Die übrigen, von Mühlenbruch als nicht beweisend ausgehobenen, Gesetze waren zunächst dafür angezogen, daß a) der Römer der Regel nach jede relevante Thatsache durch den Schiedseid beweisen können, daß jedoch b) die Wirkung dieses Eides, so wie die res judicata, weder über die Gränze des durch ihn entschiedenen Processes, noch über das Rechtsgebiet dieser Parteien sich erstrecke [31]). Wer das nicht in jenen Gesetzen finden, oder wer es verneinen wollte, müßte das Daseyn des Buchstabens derselben, und unbezweifelte, aus ihnen und einem Haufen von Gesetzen hervorleuchtende, Rechtsverordnungen ableugnen. Das fr. 9 §. 7. spricht zunächst von dem Beweis des Eigenthums durch den deferirten Eid, eben so fr. 11. in prooem., dort vom Besitzer dem Vindicanten deferirt, hier von diesem dem Possessor angetragen. Aehnlichen Inhalts ist frag. 13. §. 1. all.; und man darf überall voraussetzen, daß nicht der Rechtsbegriff des Eigenthums, (nicht blos der Satz: „rem suam esse" vel non esse") zu beschwören war [32]), sondern das factische Verhältniß, auf welchem desselben Erwerb beruhete. Dann zeigt sich auch hier ein Gebiet von Thatsachen, factis, welche aliena, und selbst mere propria des Beweisführers

---

31) Die Rechts- und Verbindlichkeitsrepräsentanten, z. B. Erben u. s. w., natürlich mit eingeschlossen. Davon abgesehen, giebt es nur wenige Ausnahmen, in welchen die Rechtskraft auch gegen Dritte wirkt. L. 63. D. 42. 1. Ob die L. 25. D. 1. 5., wie man gewöhnlich lehrt, eine Rechtskraft gegen alle Mitbürger unbedingt begründe, dürfte sich noch bezweifeln lassen. Vergl. auch Leyser spec. 472.

32) Bloße Rechtsbegriffe bilden nie den Beweissatz. Das liegt so nothwendieg in dem Geist der röm. Gesetze, als in der Vernunft. Böhmer l. c. §. 12. Bo[illegible] über die Beweislast im Civilproc. §. 12.

Digitized by Google

seyn konnten, wegen ihrer Relevanz aber ein Gegenstand der Eidesdelation wurden. Wie wenn sich der Petitor auf Verjährung stützte, wenn er über seine Besitzhandlungen u. s. w. dem Beklagten den Schiedseid antrüge? So spricht das frag. cit. 11. §. 3. von dem Beweis des Erbrechts durch den Eid, und man muß abermals annehmen, daß die factischen Bedingungen des Erbrechts zu beschwören oder eidlich zu verneinen waren. Denn die Gesetze sprechen kurz und unterstellen stillschweigend das allgemein Wesentliche. Der specielle thatsächliche Grund einer Klage mußte wenigstens dann angeführt werden, wann die Streitsache über ein Zustands- oder ein dingliches Recht in den Act des Beweises eintrate; die factischen Bestandtheile desselben waren das Beweisthem und dieses der Gegenstand der Eidesdelation. Auch der Zustand aber konnte durch den Schiedseid festgestellt werden [30]), so wie jedes andere, von dem Gesetz nicht ausdrücklich ausgenommene, Privatrechtsverhältniß [34]).

§. 3.

So wären nur noch die von Mühlenbruch gefürchteten schlauen Abentheurer und Strauchdiebe abzutreiben. Gerade diese dürften jedoch dem bedächtlichsten Gesetzgeber die allergeringste Besorgniß veranlassen, und mit ihrer Eidesdelation der bürgerlichen Gesellschaft und den Eigenthumsrechten weit weniger gefährlich seyn, als mit dem schwächsten Bettelstabe. Weiß der Schuldner nichts von der Cession, so kann er mit Nichtwissen antworten und den Eid annehmen. Er schwört: „ich weiß nicht, daß dem Kläger die Forderung von meinem Gläubiger cedirt wurde.“ Daß alsdann der klagende Theil, seines abgeleisteten Gefährdeeides ungeachtet, sogar sämmtliche

---

33) L. 13. pr. D. 12. 2. Und wie oft bildet der status die legitimatio ad causam! Handb. zu Martin S. 117. nr. 3.

34) Handbuch zu Martin S. 166. Note 113.

Proceßkosten bezahlen und erstatten muß, ist wenigstens die bestgegründete Meinung [1]); und man darf hoffen, daß der vernünftige Mann, welcher von einem vermuthlichen Abentheurer oder Strauchdieb in Klage genommen wird, die Einrede der wegen der Unkosten zu bestellenden Sicherheit gehörigen Orts vorschützen werde. Ihre Wirkung ist bekannt. Ist der Beklagte seines bewußten Nichtwissens ungeachtet bedenklich, einen Eid abzuleisten, so kann er von dem religiösen und moralischen Gesichtspunkt aus Achtung verdienen; allein die Rechtspflege kann ihn deshalb nicht begünstigen. Ihr ist es um die juristische Wahrheit des streitigen Facti zu thun, ihr ruft das Gesetz zu: maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio! [2]) Die bürgerliche Gesellschaft kann dieses Beweismittel nicht entbehren; es ist unmöglich, alle Rechtsgeschäfte vor Gericht, oder vor Zeugen, zu verhandeln, oder auch nur außergerichtlich schriftlich beurkunden zu lassen. Es würde daher sehr oft gesagt werden müssen, non deficit jus, sed probatio, wollte man insonderheit den Schiedseid aus der Zahl der Beweismittel ausstreichen, vielmehr es untersagen, den Gegner selbst als zu vereidenden Zeugen hervorzurufen. Zu wünschen wäre freilich der Verschluß dieses Wegs zur juristischen Wahrheit, aber möglich ist es nicht, ihn zu entbehren, ohne zehnmal mehr Nachtheil über die bürgerliche Gesellschaft zu verhängen, als der Mißbrauch jenes Eides in einzelnen Fällen hervorbringen kann. Ohne dieses würde weit mehr Wahres verneint, als jetzt Unwahres fälschlich beschworen werden. Der Staat kann nur einzelne Rechtsgeschäfte dem Gebiete des Schiedeseides entziehen, und muß sich übrigens bestreben, das moralische und religiöse Gefühl seiner Bürger schon durch den Schulunter-

---

1) Weber, über die Proceßkosten §. 12. M. Handbuch Abh. VI. pag. 341. lit. d.

2) L. 1. D. 12. 2. L. 2. §. 8. in f. Cod. 2. 59.

Digitized by Google

richt zu wecken und durch die kirchlichen Anstalten u. s. w. zu befestigen. Ein Staat welcher die Schieves- und richterlichen Eide für den Civilproceß aufhebt, erklärt zugleich öffentlich seine Mitglieder für schlechte und verdorbene Subjecte. Er kann auch keinem rechtsfähigen Subject, fremd oder einheimisch, hat es personam standi in judicio und Dispositionsfreiheit über sein Vermögen, den Gebrauch jenes Rechtsmittels versagen; wer aber behauptet, „der Deferent sey ein Abentheurer und Strauchdieb und wolle sich der Eidesdelation als Afterschlüssel bedienen," muß dieses beweisen, oder wenigstens indicia dieses Verbrechens nachweisen. Auf der Stirne steht es nur selten geschrieben. Ueberhaupt muß man leider mit Pilatus ausrufen und fragen: was ist Wahrheit?! Nur selten dient dem Richter mathematische Gewißheit zur Ueberzeugung, und eben so selten kann er sich durch seine eigene äußere Sinnen von dem Seyn oder Nichtseyn einer Thatsache überzeugen. Der Weg zur absoluten Wahrheit ist der Regel nach für ihn verschlossen, und darum führen ihn die Gesetze in das Gebiet des juristischen Zwangsglaubens [3]). Andere Subjecte außer ihm, Zeugen, müssen ihre Erfahrungen über die streitige Thatsache ihm mittheilen, wohl auch, wie die Sachverständigen, nur ihre rationelle Reflexion; er muß durch leblose Objecte, Urkunden, welche nur Merkmale oder Nachrichten von einem thatsächlichen Verhältniß ihm darbieten, seine Ueberzeugung zu begründen suchen, bisweilen nur zu Schlußfolgerungen, menschlichen Vermuthungen, seine Zuflucht nehmen; denn nur in ausgenommenen Fällen erlaubt ihm das Gesetz, eine Thatsache, als Rechtsvermuthung, ohne weiteres für Wahrheit zu halten. Ja endlich müssen die Gesetze die Parteien selbst als Beweismittel anerkennen, wenn nicht ihr Bekenntniß ohne Beweisführung zum Beweisgrund wird, und so wie sie schon bei den Zeugen

3) Möser in den patriotischen Phantasieen, Thl. 4. pag. 113.

und Sachverständigen die Religion zur Mitbelferin nehmen, so ist dies noch nothwendiger, wenn die Partei bejahender oder verneinender Zeuge in eigener Sache werden soll, sey es nun durch den Willen des Gegners (juramentum delatum et relatum), oder vermöge des Willens der Gesetze, wenn die Beweisführung an ihrer Gränze angelangt, und nichts weiter, als das Nothmittel übrig ist, durch eine der Parteien (durch ein juram. suppletorium oder purgatorium) die vorwaltenden Zweifel an der Wahrheit oder Unwahrheit des streitigen Facti beseitigen zu lassen [4]). Denn die juristische, formelle, Wahrheit oder Unwahrheit ist ja eine wesentliche Bedingung des richterlichen Ausspruches, „welches Recht und welche Verbindlichkeit aus jenem Facto hervorgehe." Wenn der legale Wille des Richters einen streitenden Theil als Selbstzeugen auswählt, so ist die Wahrscheinlichkeit, er werde der Wahrheit treu seyn, schon auf das unvollkommene Product anderer Beweismittel, auf einen unvollkommenen Beweis gestützt, wenigstens (bei dem juramento in litem) auf die vorliegende Wahrheit, der Gegner sey in dieser Sache als ein bösliches oder doch grobschuldliches Subject zu betrachten; wenn hingegen der freie Wille einer Partei die andere zum Selbstzeugniß auffordern will, so soll der erste vorher eidlich erhärten, daß sie jenes nicht aus Bosheit oder Muthwillen verlange. Daher das juramentum calumniae, welches der Delate von seinem Gegner fordern darf. Weiter [5]) kann und wird es eine menschliche Gesetzgebung wohl schwerlich in dem Gebiete der Wahrheitsforschung [6]) bringen, und eben so wenig wird sie allen

---

4) Vergl. d. Arch. B. I. Heft I. Abh. III.

5) Die Tortur wird man wohl so wenig, als die Gottestheile, wieder aufnehmen mögen, und für den juristischen Proceß wollen sich noch zur Zeit brauchbare magnetisirte Hellseher auch nicht finden.

6) Zur Wahrheitssicherung haben manche Gesetzgebungen mehr gethan, resp. zum Vortheil der Staatscasse.

Digitized by Google

und jeden Mißbrauch jener Wege und Mittel zur juriſtiſchen Wahrheit zu verhindern vermögen. Auch der Zeuge und Sachverſtändige kann ein heimlicher beſtochener Strauchdieb, die Urkunde kann verfälſcht ſeyn u. ſ. w. Dann iſt die productiſche Partei weit weniger ſicher, als wenn ihr ein Abentheurer oder Strauchdieb einen Eid unter den äußern Bedingungen der geſetzlichen Befugniß anträgt. Dieſen Angriff kann der Producet mit ſeinem guten Gewiſſen zurückſchlagen, im Fall nur dieſes die Annahme und den Abſchwur des Eides rechtfertiget. Iſt ihm dieſe vom Geſetz dargebotene, von der Moral und Religion gebilligte, Waffe unbequem, will er ſie von ſich und dem geargwöhnten Strauchdieb in die Hände geben, ſo iſt er, von minderwichtigen Objecten und großmüthigen Zahlungen abgeſehen, dem Geſetz und dem rechtlichſten Juriſten ein Thor, und der Vernunft ein ſchwärmeriſcher Verſchwender ſeines Vermögens. Die ſingulären Eigenſchaften ſolcher einzelner Subjecte ſind kein Maasſtab der Geſetze, dieſe müſſen das Allgemeine und die Regel im Geſichtspunkt haben [7]), und wenn ein ſolches Mitglied der bürgerlichen Geſellſchaft auf jenem von ihm gewählten Weg eine Einbuße erleidet, ſo kann er nur mit ſich ſelbſt hadern, nicht aber ausrufen: womit will man eine ſolche Geſetzgebung rechtfertigen! — Dieſe rechtfertiget ſich durch das nothwendige Bedürfniß der bürgerlichen Geſellſchaft; in deren Leben und Weben muß man die Geſetze hinüber zu tragen verſtehen, will man ſie richtig auffaſſen und anwenden. Ein Schuldner kann möglicher Weiſe auch durch falſchen Zeugen- und Urkundenbeweis der Ceſſion als Ceſſus zur Zahlung an den vorgeblichen Ceſſionar verurtheilt werden, und muß nachher, hat er jenen Fälſchling bezahlt, den nicht cedirenden Gläubiger dennoch auch bezahlen. Das iſt ein den Schuldner treffendes Unglück, zu deſſen Troſt die Geſetzgebung ihm nichts weiter reichen kann, als Rechtsver-

---

7) L. 3. 4. 5. 6. 8. D. de legibus. 1. 3.

Digitized by Google

folgungsmittel gegen den Betrüger [8]). Allenfalls könnte sie gebieten, „jede Cession solle verbrieft werden.“ [9]) Dies aber spricht das gemeine Recht eben so wenig aus, als es derselben Beweis mit Zeugen und öffentlichen Urkunden bedingt [10]). Und absurd wäre es, nur gerichtliche Cessionen für beweisend zu erklären. Wie sollte Handel und Wandel dabei bestehen. — Daß manche Proceßarten, z. B. Wechsel- und Executivproceß, auch in Hinsicht auf die Fortpflanzung des Klagerechts, Urkunden wesentlich erfordern, hat Bezug auf den Proceßgang, ist kein materielles Rechtsprincip, und auch dort hat das öffentliche Document keinen Vorzug vor der anerkannten öffentlichen Privaturkunde.

Es wird also der Satz feststehen bleiben:

daß auch über facta aliena, insonderheit über die Sachlegitimation, und über die Cession, in dem bürgerlichen Proceß, gemeinen Rechten nach, der Schiedseid angetragen werden darf.

---

8) M. Handbuch pag. 175. u. Note 127. Muß sich doch auch der, welcher fremdes Gut in seiner custodia hat, desselben Vergütung gefallen lassen, wird es ihm heimlich gestohlen. Da der Staat nicht alle Diebe vertilgen kann, so giebt jenem custos das Gesetz die actio furti u. dgl.

9) Würde es dann aber keine falsche Wechsel mehr geben? keine Beispiele mehr, daß der Trassate getäuscht wird?

10) Selbst diese können fälschlich nachgemacht werden.

II.

Rechtsfall *).

1) Grundsätze der Einlassung auf eigene Handlungen und der desfalsigen Eideszurückschiebung.

2) Ueber den Gebrauch des sogenannten Glaubenseides.

Von Gensler.

---

§. 1.

Durch eine Erbtheilung des väterlichen Nachlasses veranlaßt, wurde A** gegen seine miterbende Schwester B** dahin gerichtlich klagbar: „solche habe 2000 fl. als väterliches Heirathsgut erhalten, müsse also jene Summe conferiren, weigere sich jedoch derselben Anrechnung auf ihren Erbantheil.“ Er bat: „hierzu die Beklagte zu verurtheilen.“ Diese antwortete summarisch dahin: „so viel sie sich erinnern könne, hätte sie nur 1000 fl. Mitgabe erhalten.“ Nach dem Schluß der gegenseitigen kurzen Verhandlungen erfolgte der richterliche, in die Rechtskraft übergehende, Bescheid: „der Kläger sey zu beweisen schuldig, daß die Beklagte außer den zugestandenen 1000 fl. noch 1000 fl. von dem Vater empfangen habe.“ Der Kläger trug nunmehr der Beklagten über jenes vorgezeichnete Beweisthem den Schiedseid an; und als die Beklagte jenen Eid zurückschobe, erfolgte des A. Erklärung dahin: „er nähme den referirten Eid an; könne und wolle jedoch nur so schwören: „daß er nicht anders wisse, als, die Beklagte habe außer den zugestandenen 1000 fl. noch 1000 fl. Mitgabe von dem Vater empfangen.“ Von Seiten der B. wurde, unter Widerspruch gegen eine solche Eidesleistung, erwiedert: „dadurch,

---

*) Zum Theil dient dieser Rechtsfall zur Erläuterung und Befestigung der in der vorstehenden Abhandlung nr. I. aufgestellten Rechtssätze.

Digitized by Google

daß der Kläger erklärt habe, er könne nur de ignorantia schwören, hätte derselbe die Frivolität seiner, auf ein bloses Meynen, Glauben und Dafürhalten, gebauten Klage eingestanden, und sey folglich mit seinem Anspruch abzuweisen."

Jetzt entstand der richterliche Zweifel: ob dem Kläger beizupflichten, und der Eid nach dessen Erklärung zu normiren, oder ob die Beklagte in Hinsicht der streitigen 1000 fl. nunmehr zu entbinden sey?

§. 2.

Siehet man zurück, so zeigt sich voran in der Einlassung ein Hauptfehler, welchen das Gericht nicht übersehen sollen. Ein Zweifel an der Gesetzlichkeit des summarischen Verfahrens liegt zwar nicht vor; und könnte man ihn auch aufwerfen, so würde er doch durch den stillschweigenden Consens der streitenden Theile für beseitiget anzusehen seyn [1]). Allein wenn man über dieses auch annimmt, daß in dem summarischen Civilproceß das Unterlassen einer feierlichen, scharf geregelten, Einlassung dem Beklagten verziehen werde [2]), so fordert doch ihr allgemeiner Zweck, „die factische Streitfrage festzustellen," eine solche Antwort, aus welcher der Richter mit Sicherheit zu entnehmen vermag, was der Implorate einräume, oder nicht. Und hierzu ist nun ein wesentliches Erforderniß, das der zur Antwort pflichtige Implorate in Ansehung einer solcher Handlung, die er, nach des Imploranten Behauptung, selbst vollzogen oder mit vollzogen haben soll, bestimmt antworte: „ob sie wahr sey oder nicht — ob er sie einräume oder nicht [3]) Dieses aber findet sich in obiger Antwort der B.

---

1) M. Handbuch zu Martins Lehrbuch des bürg. Proc. Abh. II. S. 27.

2) Danz in den Grundsätzen des ordentl. Proc. §. 176. der summ. Proc. §. 9. ed. 1806. Schaumburg, in princ. prax. jud. lib. II Cap. I. § 7 Die Clem. 2. de verbor. signif. 5. 11. dient freilich zur Stütze dieses Princips.

3) Die schuldige Antwort auf von dem Gegner behauptete relevante Thatsachen ist keine dem ordentlichen Proceß eigene Förmlichkeit oder Feierlichkeit, sondern ein zwecknothwendiges Erforderniß jedes gerichtlichen Verfahrens, welches zunächst auf jene Antwort des Gegners berechnet ist, folglich aber auch des unbestimmten summarischen Processes, dessen legale Wahl den Imploranten nicht verpflichtet, mit der Klage den Beweis zu verbinden. Die weise Vorschrift des R. A. v. 1654. §. 37. ist daher materiell auch auf diese Proceßart anwendbar, so wie selbst die Clem. 2. all. das Tumultuarische ausschließt und die zweckmäßigen Verhandlungen vollzogen wissen will.

Digitized by Google

keineswegeſ; ihre Erklärung: „ſie erinnere ſich nicht,“ iſt noch vager und ſchwankender, als das: ich weiß nicht; welches doch nur als Entlaſſung auf facta mere aliena geſtattet werden darf [4]). Es wollen zwar hierunter manche eine Ausnahme in den Fällen machen, wo veraltete, leicht vergeßliche, facta propria der Gegenſtand der Antwort wären [5]); allein wenn auch in dem vorliegenden Fall die nicht berührte Zeit des Empfanges der Mitgabe ſchon lange verſtrichen geweſen ſeyn ſollte, ſo iſt doch der Empfang einer Summe von 1000 fl. keine ſo leicht vergeßliche Thatſache, zumal, wenn man auf die Veranlaſſung der Zahlung einer dos hinſiehet. Ueberhaupt iſt obiges willkührliche Privilegium der Vergeſſenheit ſo gewiß geſetzlos, als für die Rechtsverfolgung durchaus zweckwidrig und gefährlich. Wer ſeine eigene, auf Rechtsverhältniſſe Bezug habende, Handlungen vergißt, mag dieſe Schuld oder dieſen Zufall, ſelbſt tragen; darüber eine dem Gegner nachtheilige Erleichterung der Vertheidigung abzuleiten, iſt nicht nur ungerecht [6]), ſondern führt auch unendliche Streitigkeiten in den einzelnen Proceſſen herbei. Wo iſt der Zeitpunkt, auf welchen die Vergeſſenheit ſich zurückführen ließe? und iſt nicht die Gedächtnißkraft der einzelnen Subjecte ſo vielfach verſchieden, daß man für jedes Einzelne einen andern Zeitraum annehmen, ja dieſen auch noch nebenbei nach der Qualität der ſtreitigen Thatſache willkührlich abmeſſen müßte? [7])

Der Beklagten hätte alſo, war ſie nur dilatoriſch beſchieden, eine beſſere Antwort zur Pflicht gemacht werden ſollen,

---

verb. non sic tamen judex litem abbreviet rel. Geſchiehet die Antwort mündlich, zu Protocoll, ſo hat der Richter die beſte Gelegenheit, den Antworter zu einer ſpeciellen und beſtimmten Antwort zu veranlaſſen. Dazu berechtiget ihn ſchon das richterliche Fragrecht. M. Beitrag zu der Geſetzgebung u. ſ. w. S. 54.

4) R. A. v. J. 1654. §. 49. Hommel, in der Einleitung zum Refer. §. 56. ed 1808.

5) Glück, zu Heilf. Thl. VI. §. 502. nr. 5. Delze, in der Anleit. zur ger. Prax. §. 115. Claproth in dem ord. bürg. Proc. §. 142.

6) Factum cuique suum non adversario nocere debet. L. 155. pr. D. 50. 17.

7) Bei Stryk, in tract. de jure sensium. Dess. IX. Cap. II. seq., kann man ſehen, wie die Meinungen in jenem vagen Gebiet herum ſchweifen.

Digitized by Google

und zwar in dem letzten legalen Decret auch gemeinem Proceß nach unter Androhung des Nachtheils eines fingirt werden sollenden Geständnisses [8]). Im Fall hingegen dieses Präjudiz bereits angedrohet war, so mußte der richterliche Ausspruch die Beklagte sofort in der Hauptsache verurtheilen.

§. 3.

Doch die Rechtskraft des Beweisinterlocuts hat jenen Fehler geheilt; und so fließt nur aus dem, was ihr nachfolgte, die annoch zu entscheidende Streitfrage.

Hier tritt nun zunächst der klare Ausspruch der Gesetze hervor: daß derjenigen Partei, welcher der Schiedseid über die Wahrheit eines solchen facti proprii angetragen wird, bei welchem der Deferent nicht mithandelte, oder der Perception wegen nicht gegenwärtig war [9]), die Zurückschiebung jenes Eides gar nicht erlaubt ist [10]). Den Grund dieses Ver-

---

8) B. I. Heft I. Abh. III. S. 48. u. Note ** dies. Arch.

9) In diesen Fällen ist ein factum commune vorhanden, welches auch ein factum proprium deferentis ist, so daß also der Relation nichts im Wege stehet.

10) L. 11. §. 3. mit L. 12 und 13. D. 25. 2. Diese Fragmente beziehen sich zurück auf L. 11. §. 1 und 2. ej. tit. und sprechen aus: die hier, in fr. 11. §. 1 und 2., gestattete Eidesdelation verstatte keine Zurückschiebung. Das Wort ipse in dem fr. 12. bezeichnet den Beklagten, welcher dem mit der actio furti hervorgetretenen, und hierüber den Eid antragenden, Kläger jenen Schiedseid referirend ansinnen will, zu beschwören, daß er, der Beklagte (ipse), den Diebstahl begangen habe. Dieser Gesichtspunkt liegt wohl auch in Cap. 36. X. 2. 24. Wenn dieses Gesetz zugleich darauf hinsehen mag, „es sey zu verhüten, daß nicht eine Partei durch den Eid der andern infam werde," so ist doch dieses nur ein Nebengrund. Die actio rerum annot. infamirt nicht, vielmehr ist sie gegeben, um die turpis actio furti auszuschließen, L. 1 et 3. L. 3. §. 4. Dig. 25. 2, und doch soll die Eidesrelation nicht statt finden. Dahingegen darf man behaupten, daß, wenn das Verbrechen in Gegenwart des Klägers, oder wohl gar an dessen Körper, so begangen wurde, daß auch jener mit eigenen Sinnen es percipirte, die Eideszurückschiebung nicht verboten ist. Denn so wie die Gesetze die Eidesdelation auch über die Wahrheit eines Verbrechens gestatteten, insoferne aus diesem auf Privatgenugthuung geklagt wird, L. 3. §. 1. L. 13. §. 2. D. 12. 2. L. 6. §. 4. D. 3. 2. L. 52. §. 27. D. 47. 2. L. 5. §. 8. D. 47. 10. L. 18. in f. C. 2. 12. so gedenken sie der Befugniß zu der Relation im Allgemeinen ohne Beschränkung, L. 34. §. 7. seq. L. 38. D. 12. 2.; daher die Ausnahme in

botes habe ich an einem andern Orte bereits angegeben [11]), und auch die Doctrin, so wie die Praxis, ſiehet jenen weiſen Willen der Geſetze für klar und als eine feſte Regel an [12]).

Der Kläger hätte ſich alſo ſchlechthin weigern können, den ihm zurückgeſchobenen Schiedseid anzunehmen.

Er hat ſich aber, vielleicht ex ignorantia juris, auf jenes Geſetz nicht berufen, vielmehr zur Acceptation des Eides ſich bereit erklärt; und ſo entſtehet voran die neue Frage: „ob der Richter dieſe Relation geſtatten dürfe?“

Meiner Anſicht nach iſt er dazu nicht befugt. Er iſt custos, nicht moderator legum. Das fr. 11. §. 3. cit. ſcheint zwar in den Worten; „non videtur Praetor permississe,“ ſelbſt ſchwankend; auch könnte man erachten, durch jene Regel ſey die Willkühr der in dem Civilproceß über einen Beſtandtheil ihres Privatvermögens disponirenden Parteien nicht ausgeſchloſſen — der Kläger verzichte nur auf ein jus litigatoris — der Eid habe die Natur eines Vergleiches u. dgl. Allein jenes non videtur bezeichnet keinen Zweifel an dem Verbot [13]) und in Hinſicht des Abſchwurs gerichtlicher Eide leidet die erwähnte Willkühr der Parteien einen bedeutenden Abfall. Uns iſt der Eid in dem gerichtlichen Proceß zunächſt Beweismittel in der Perſon des Gegners, und ſein Gebrauch hängt keineswegs von einem Vergleich der Parteien ab, ſondern von der Beſtimmung der Geſetze, wann und wor-

---

L. 11. §. 3. L. 12 et 13. D 25. 2. nur die Fälle begreift, in welchen der Delate de veritate ſchwören konn, der Deferent aber nur de scientia et credulitate zu ſchwören vermögen würde. Ueber die L. 34. pr. D. 12. 2. ſ. S. 14.

11) M. ſ. m. Handbuch zu Martin, Abh. V. S. 170. Man kann hinzuſetzen, daß, wenn die Geſetze eine ſolche Zurückſchiebung des Eides geſtatten wollten, damit dem Beklagten eine gute Gelegenheit zur Chicane mehr gegeben wäre. Er kann ſein eigenes alleiniges Factum mit mehr Sicherheit läugnen, und wird ihm dann der Eid angetragen, ſo glaubt er ſich durch die Relation gegen einen Vorwurf ſeines Gewiſſens zu decken, ohne als ein böslicher Läugner zu erſcheinen.

12) Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. I. S. I. Mbr. III. Cap. V. § 9. not. ****. G. L. Böhmer, in elect. jur. civil. T. II. ex. XIV. §. 17. ibi all. Claproth, in dem ordentl. Proc. §. 227. Man ſtreitet ſogar darüber, ob nicht jene geſetzwidrige Relation des Eides ein fingirtes Geſtändniß zur Folge habe. Danz, in den Grundſ. des ord. Proc. §. 378. daſſ. Hellfeld, Schaumburg, Delze.

13) Non videtur ſprechen die römiſchen Juriſten oft mit einer Beſcheidenheit, welche der Nachahmung wohl werth wäre.

über die Partei jenes Beweismittel zur Hand nehmen darf [14]). Auch die Römischen Gesetze wollen wohl nur in Hinsicht auf die Folgen der Ableistung eines Schiedseides sagen, er habe etwas dem Vergleich ähnliches [15]), d. h. habe eine Partei den Schiedseid geleistet, so endige sich der Proceß nun eben so fest, als hätten sie sich verglichen, es finde kein Rechtsmittel dagegen Statt, sondern nur Beweis des böslichen Meineides [16]). Von eben diesem Gesichtspunkt aus betrachten sie die Endigung des Rechtsstreits durch ein juramentum delatum, als eine res judicata [17]). Ehe aber der Eid abgeschworen wird, entstehet die Frage: ob er abgeschworen werden dürfe? Hier bringt die Concurrenz der Religion mit sich, daß der Richter den leichtfertigen Mißbrauch des Eides von Amtswegen zu verhüten suchen muß; und wenn nun die eine Partei, welche de veritate zu schwören pflichtig ist, dieses von sich ablehnen und den nur zum juramento ignorantiae fähigen Gegner veranlassen will, den Eid auf sich zu nehmen, so führt dieses eines Theils den Argwohn herbei, der Delate und Referent sey sich der Wahrheit des Facti bewußt, und mißbrauche also den Eid durch die Zurückschiebung, andern Theils aber sinkt auf jenem Wege die juristische Wahrheit. Daher wird ja auch bei den gesetzlichen Eiden Rücksicht darauf genommen, welche Partei de veritate schwören könne [13]), und es würde

---

14) Siehet man den Delaten selbst, dessen Person, als das eigentliche Beweismittel an, B. I. H. 1 I. Abh. III. d. Arch., so schwindet die Natur eines Vergleichs noch mehr, ohne die Beschränkungen aufzuheben, welche die Verhütung eines Misbrauches der Religion gebietet.

15) Jusjurandum (i. e. praestitum juramentum, nicht aber delatio juramenti) speciem transactionis continet. L. 2. D. 12. 2. Quod si alias inter ipsos jurejurando transactum sit negotium rel. L. 31. in f. ej. tit. Pomponius autem per jusjurandum transactum videri ait. L. 21. D. 12. 2. Davon ist wohl auch Paulus, L. 26. §. 2. D. 12. 2. und Gajus L. 1 huj. tit. zu verstehen. Auf jeden Fall aber betrachten wir in dem gerichtlichen teutschen Proceß die Beweiseide aus einem andern Gesichtspunkt — nämlich als Mittel, die juristische Wahrheit hervorzubringen.

16) Vergl. L. 21. seq. D. 4. 3. L. 31. D. 12. 2. mit L. 1. Cod. 4. 1. und L. 13. Cod. huj. tit. verb. perjurium.

17) L. 2. et 26. §. 2. D. 12. 2. L. 13. D. 20. 6. L. 1. pr. D. 44. 5.

18) J. H. Böhmer in J. C. P. Lib. II. Tit. XXIV. §. 71. Berger, in Oec. jur. Lib. IV. Tit. XXIV. th. 9. nr. 2. Danz, a. a. O. §. 36.

Digitized by Google

ein Wechselvertrag der streitenden Theile für gesetzwidrig zu achten seyn.

Von diesem Gesichtspunkt ausgegangen [19]) war also von dem Gericht zu decretiren:

> Die von der Beklagten versuchte Eidesrelation finde nicht statt, und sey dieselbe verbunden, bei Vermeidung der Folgen der Eidesverweigerung sich zu erklären, ob sie den Eid annehmen und schwören, oder ihr Gewissen mit Beweis vertreten wolle.

§. 4.

Man nehme jedoch an, jene Uebereinkunft der Parteien, jene Acceptation des zurückgegebenen Eides, sey nicht gesetzwidrig, und es werfe sich die endliche Frage nur darauf: „ob, wenn der Kläger nicht de veritate, sondern nur de ignorantia schwören wolle, dieses seine Klage als nicht fest begründet und verwerflich darstelle? so muß man dennoch auch dieses verneinen.

Allerdings kann man eine Klage *) nicht gründen auf Wissen und Glauben der Thatsachen, aus deren Wahrheit die Verbindlichkeit des Beklagten rechtlich folgen soll. Denn der Beklagte soll sich in der Einlassung über die positive Wahrheit jener Thatsachen, nicht aber über des Klägers Wissen und Glauben erklären. Allein für den Kläger, welcher aus einem, von ihm nicht selbst percipirten, den Beklagten obligirenden, Facto klagbar werden will, ist es genug, wenn er es weiß, d. h. wenn er sich durch äußere Merkmale des Daseyns jenes Facti überzeugt findet, „dieses habe sich ereignet." Sobald diese begründete Ueberzeugung in ihm herrscht, diese bona fides, sobald darf er auch auf dem Wege des Processes erforschen, ob das nach seiner Ueberzeugung ihm verbind-

---

19) Daraus, daß im ersten Verfahren über die fehlerhafte Einlassung hinweggesehen wurde, hat die Beklagte kein Recht erworben, abermals gesetzwidrig zu verfahren. Von dem rechtskräftigen Beweisthema aus ist jetzt die Sache zu erwägen — der Erklärung auf den deferirten Eid muß die Antwort vorausgehen: „ob die Beklagte den factischen Inhalt des Beweisthems zugestehe oder nicht," und diese Antwort muß bestimmt ausgesprochen werden.

*) Was hier von der Klage gesagt wird, gilt von jeder eigenen Behauptung — von der Einrede, eigentlichen Replik und Duplik u. s. w.

liche Subject jenes Factum zugestehen werde oder nicht [20]). Wollte man dieses Recht abschneiden, so würden viele Rechte unverfolgbar seyn, welche der erste Erwerber activ auf ein bei dem Erwerb gar nicht concurrirendes Subject fortpflanzte. Der Erbe z. B. müßte die Forderung seines Erblassers oft deshalb schwinden lassen, weil er bei derselben Ursprung nicht zugegen war. Was andere Personen hiervon ihm noch so glaubhaft erzählen, begründet doch noch keine juristische Wahrheit, sondern nur ein solches Wissen, welches den Glauben zur Folge hat und diesem gleichstehet [21]). Wenn nun der beklagte Theil jenes vom Kläger zwar nur aus innerer Ueberzeugung von der Wahrheit, jedoch bestimmt, behauptete Factum verneint, wann der Kläger, nachdem die Beweislast ihm zuerkannt wurde, von der gesetzlichen Wahl der Beweismittel und

---

20) Diesem scheint L. 42. D. 50. 17. direct entgegen zu stehen, verb. Haec ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur, non etiam si agat; nam plane qui agit certus esse debet, cum sit in potestate ejus, quando velit experiri, et ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere. Allein dieses Gesetz kann doch nichts weiter sagen wollen, als: der Erbe soll, ehe er zur Klage schreitet, rem diligenter explorare, d. h. sich alle Mühe geben, der Wahrheit möglichst auf den Grund zu kommen, und seine Ueberzeugung zu befestigen, um in der Klage die Wahrheit des Facti bestimmt zu behaupten. Daß er dann, wann er über jene bestimmt behaupteten Thatsachen einen Eid abzuschwören hat, doch nur sein Wissen beschwöre, ergiebt sich aus L. 12. Cod. pr. Cod. 4. 1. verb. cum multum discrepet juramentum hereditarium a principali sacramento; und daß dieses Gesetz einen vom Erblasser angefangenen Rechtsstreit zum Gegenstand hat, macht keinen Unterschied, indem sonst ein Erbe gar nicht schwören dürfte, sondern sich als besiegt ansehen müßte, weil er nur weiß und glaubt, es sey die Behauptung oder Verneinung seines Erblassers gegründet.

21) Darum ist es auch keineswegs zwecklos, mit dem juramento ignorantiae ein jur. credulitatis zu verbinden, m. Handb. Abh. V. S. 169. Note 128., und daher nennt man jene vereinigten Eide auch schlechthin das jur. credulitatis. Der Glaube allein wird nie beschworen. „Man wisse und halte dafür" — „man wisse nicht und glaube nicht" — das ist die Formel. Schneidet man den Glauben ab, so befördert dieses leichtfertige Eide, und das allein beschworene Wissen ist doch nur ein Glauben. Auch die römische Eidesformel enthielte die Worte: ex animi mei sententia. Und was bezeichnet dieses anders, als innere Ueberzeugung — als das Glauben? — Die Reichsgesetze aber erlauben und gebieten eine Einlassung mit: „glaube, glaube nicht," Cam. G. O. v. J. 1555. P. III. Tit. XV. §. 4. R. A. v. J. 1654. §. 49., dadurch also zugleich den Glaubenseid. Vergl. hiermit Note 28.

hierunter von der nicht subsidiären Eidesdelation [22]) Gebrauch macht, der Beklagte hingegen den angetragenen Eid erlaubter Weise [23]) ihm zurückgiebt, dann erst äußert sich die Befugniß zu dem jur. ignorantiae. Ehe diese reif war, hätte sie der Kläger nur vergeblich erwähnt; er konnte sich in der Klage nicht selbst zu jenem Eid erbieten [24]), sonst würde er dieselbe auch gar wohl auf sein bloses Wissen des factischen Klaggrundes haben gründen dürfen. Die Römischen Gesetze sprechen alles dieses, wenngleich allgemein, doch deutlich genug aus [25]).

Müßte es also das Richteramt nicht verhindern [26]), wenn der Deferent den ihm zurückgegebenen Eid in dem obigen Fall annehmen will, so würde ihm doch die Befugniß zuzusprechen seyn, nur sein Wissen [27]) und seine Ueberzeugung [28]) eidlich zu erhärten. Durfte der Kläger durch jenes Wissen und Dafürhalten zur Anstellung der Klage sich berechtiget finden, so darf er auch jetzt, wo es zur Ableistung des Eides kommt, auf jenen Zustand sich berufen, ohne hierdurch sich als einen Chicaneur oder leichtsinnigen Streiter, oder seine Klage als unbegründet darzustellen.

---

22) Danz, a. a. O. §. 238, 241 und 367. ibi all. Auch das R. R. zeigt die Befugniß zu obiger directen Wahl nicht undeutlich an. L. 18. §. 1. D. 25. 2. verb. si velit magis jusjurandum deferre. Ein gleiches leuchtet aus L. 14. ej. tit. hervor

23) Dies ist nämlich nicht zu bezweifeln, wenn das Beweisthem auch für den Producten ein factum alienum ist, und also die Parteien in ein ganz gleiches Verhältniß und hiermit in gleiche Rechte eintreten.

24) L. 3. pr. D. 12. 2.

25) L. 34. §. 8. D. 12. 2.

26) Wie es aber nach dem Geist und Willen der Gesetze geschehen muß.

27) Es wäre jedoch die Eidesformel nicht so zu fassen: „daß der Kläger nicht anders wisse," sondern bestimmt dahin: „daß er wisse u. s. w." Die Feststellung der Eidesformel ist Sache des Richteramtes. L. 34. §. 5. et 8. Dig. 12. 2.

28) Der Anhang: und überzeugt sey, (es habe die Beklagte u. s. w.) wird hier als vollkommen zwecklich erscheinen. Diese Ueberzeugung ist nun der Glaube — das credere. II. Feud. 58, §. fin. verb. „cum datur domino defensio de investitura, quae dicitur esse facta, jurare debet: se investituram non fecisse. Cum vero datur successori ejus, jurare debet: se non credere, investituram factam esse ab antecessore suo. Nach der Praxis: se nec scire nec credere rel.

Digitized by Google

III.

Findet der Antrag des Schiedseides in Ehescheidungsstreitigkeiten Statt?

Von Gensler.

Die obige Frage wird von manchen unbedingt bejahet, weil der Eid ein ordentliches Beweismittel sey [1]); von andern hingegen unbedingt verneint, weil die Auflösung der Ehe kein Gegenstand eines Vergleiches wäre [2]). Noch andere machen den Unterschied, „ob zur Aufrechthaltung der Ehe, oder um diese aufzulösen, geschworen werden solle," und lassen nur im ersten Fall die Eidesdelation zu [3]). Bei dieser letzten Meinung tritt jedoch die Collision ein, daß der nämliche Eid, je nachdem er angenommen, oder referirt wird, resp. pro matrimonio und resp. contra matrimonium ausfallen kann.

Der stärkste Grund für die den Schiedseid unbedingt verwerfende Meinung ist, „daß die Parteien das von der Kirche

1) Meister in den pract. Bemerk. Thl. 2. N. 1. Schnaubert in den Grundsf. des Kirchenrechts, §. 257. Note c. Martin in dem Lehrbuch des teutschen gem. bürgerl. Processes, §. 213. Note l.

2) Grolman, in der Theorie des ger. Verf. u. s. w. §. 91.

3) Danz, in den Grundsf. des ordentl. Processes, §. 370. das. Litterat. Note f.

Digitized by Google

zwischen ihnen geknüpfte Eheband als einen bloßen Bestandtheil ihres Privatrechtskreises nicht ansehen, über denselben also nicht frei disponiren könnten, indem auch Staat und Kirche ein Interesse an dem Ausgang der Sache habe." Jene freie Disposition über das objectum litis ist aber die Hauptbedingung, seinen Gegner als Richter und Zeugen [4]) in eigener Sache wählen zu dürfen [5]). Aus einem ähnlichen Grund läßt man in dem peinlichen Anklageproceß die Eidesdelation nicht zu, insoferne das Verbrechen hierdurch zum Zweck der öffentlichen Strafe bewiesen werden soll [6]).

Allein das Interesse des Staates und der Kirche an dem Fortbestehen oder Auflösen einzelner, in ein streitiges Verhältniß eingetretener, Ehen ist nicht so unmittelbar und stark, daß deshalb der Gebrauch der Eidesdelation prohibirt zu werden brauchte, und es spricht solches auch kein Gesetz mit einiger Deutlichkeit aus. Wenn der mit einer Ehescheidungsklage belangte Gatte die Wahrheit der Entscheidungsursache eingestehet, so ist ja ganz unstreitig hiermit derselben Grund vollkommen bewiesen und die Scheidung zweifellos begründet, ohne daß es eines Nebenbeweises der Wahrheit jenes Geständnisses bedürfte. Auch lassen die Gesetze hierunter sogar einen dringenden Vermuthungsbeweis für voll gelten [7]). Es läßt sich also nicht absehen, warum nicht, um jenes hinreichende Geständniß hervorzubringen, dem Beklagten der Eid angetragen werden dürfe. Die Zu-

---

4) L. 1. pr. Dig. 44. 5. L. 32. Cod. 6. 42.

5. L. 35. §. 1. Dig. 12. 2. L. 17. §. 1. huj. tit. ibi verba: „quia rerum administrandarum jus ei non competit."

6) Martin in dem Lehrbuch d. teutsch. gem. Crim. Proc. §. 111. Note. 80 u. 81. Stübel in dem Crim. Verf. §. 622. Tittmann, in dem Handb. der Staatswissenschaft, Thl. II. §. 825.

7) Arg. Cap. 12. X. 2. 23. Böhmer, in princip. jur. can. §. 409.

Digitized by Google

rückschiebung fällt ohnehin in Hinsicht auf die mehrsten Ehescheidungsursachen hinweg, insoferne nämlich diese der Regel nach facta mere propria des beklagten Theils und Delaten sind [8]).

Bedient sich hingegen der Beklagte der Eidesdelation über eine Einrede, z. B. der Verzeihung, so wäre es noch mehr ungerecht, ihm jenes, vielleicht einzige, Beweismittel abzuschneiden; nicht zu gedenken, daß der Beweis einer solchen Einrede den schon vorhandenen Beweis des Klaggrundes voraussetzt [9]), und also die Sache durch die Eidesdelation wenigstens nicht schlimmer werden kann, als sie bereits vorliegt.

So wenig übrigens nach den Principien des teutschen Processes sich behaupten läßt, der Antrag des Schiedseides sey schon an sich ein Vergleich [10]), so gewiß dient obiges Princip des Criminalprocesses hier nicht zur Analogie. Das Geständniß in peinlichen Strafsachen muß qualificirt, wenigstens durch indicia befestiget seyn, und sind nun diese vorhanden, so ist der Regel nach auch der Reinigungseid begründet, soll ein Eidschwur zur Entscheidung dienen. Es bedarf also der Eidesdelation nicht. Fehlen jene äußern, mit dem Geständniß harmonirenden, Nebenumstände, so würde so wenig ein ganz freies, jedoch kahles, durch äußere Erscheinungen nicht unterstütztes Geständniß, als dasjenige, welches auf die Eidesdesdelation erfolgt, ein peinliches Straferkenntniß begründen. Auf jeden Fall und ohnehin ist aber die Verurtheilung zu einer peinlichen, Leib oder Gut und Ehre tödtenden, Strafe für den Staat und die Menschheit weit wichtiger, als die Trennung einer bereits untergrabenen, der Regel nach in mehrfacher Hinsicht schädlichen, hauptsächlich dem bürgerlichen Rechtsverhältniß beizuzählenden Ehe; so weise es seyn mag, deren Trennung im Allgemeinen zu erschweren.

---

8) L. 11. §. 3. mit L. 12 und 13. Dig. 25. 2. Die Erklärung dieser Gesetze nebst Cap. 36. X. 2. 24. S. 30. nr. 10. dieses Hefts. Vergl. Handb. zu Martin, S. 170.

9) L. 9. Cod. 8. 36. L. 4. in f. Cod. 2. 4.

10) Vergl. B. 2. d. Arch. nr. II. S. 31 f.

Digitized by Google

IV.

Ueber die Verbindlichkeit des Rathgebers und das mandatum in gratiam mandatarii *).

Von dem
Dr. L. J. Neuſtetel zu Hanau.

§. 1.

So groß auch die Verſchiedenheit iſt, welche die Begriffe von Rath und Auftrag ſcheidet, ſo hat man doch in der neueren Jurisprudenz von jeher ſich Mühe gegeben, ſie mit einander in Verbindung zu ſetzen, und aus der Natur des einen Folgen für die des andern abzuleiten.

Durch den Willen der Parteien, ſich gegenſeitig zu verpflichten, wird das Mandat zu einem Rechtsgeſchäft, einem Contracte. In dem Weſen eines Raths hingegen iſt enthalten, daß keiner von beiden Theilen, weder der Rathende durch den Rath, noch der, dem gerathen wird, durch die Billigung und Befolgung deſſelben irgend eine Verbindlichkeit gegen den Andern zu übernehmen gedenkt. Denn rathen heißt nichts mehr, als jemanden die Ausführung oder Unterlaſſung einer von ihm abhängigen Handlung als ihm Vortheil bringend darſtellen. Die Geſetze haben dieſen Unterſchied aufs ſchärfſte anerkannt und beſtätigt; und daß der Rath keine Verbindlichkeit begründe, wiederholt ausgeſprochen [1]). Dieſe Regel erleidet jedoch folgende Beſchränkungen:

*) Da dieſe Abhandlung bereits vor dem Erſcheinen der „Irrthümer alter und neuer Juriſten von Geſterding“ eingelaufen war, ſo konnte der Verf. die daſelbſt S 197. u. folgg. gegebene Erklärung der L. 6. §. 5. mand. noch nicht berückſichtigen.

Die Redact.

1) §. 6. I., l. 2. §. 6. D. mand., l. 10. §. 7. eod., l. 2. D. de proxen., l. 47. D. de R. I.

Digitized by Google

a) Wer in arglistiger Absicht einen Rath ertheilt, ist zum Schadensersatze verpflichtet.

Doch ist ein solcher nicht sowohl durch seinen Rath, als durch den dolus malus gebunden, den die Gesetze verfolgen, in welcher Gestalt er sich auch vorfinde. Daher steht gegen den dolosen Rathgeber keine andere Klage, als die actio de dolo zu [2]).

b) Wer kraft seines Amtes, oder weil er sich für einen Kunstverständigen ausgegeben, verbunden ist, guten Rath zu ertheilen, aber schädlichen gab, muß seine Culpa prästiren. Auch dieser Satz bildet keine eigentliche Ausnahme von jener Regel; weil hier der wahre Obligationsgrund nicht in dem ertheilten Rath, sondern in dem vorausgegangenen Contract oder Quasicontract besteht.

Diese beiden Modificationen der allgemeinen Regel, „Rath verbindet nicht," werden gewöhnlich derselben hinzugefügt; eine dritte, ebenfalls in den Gesetzen begründete hingegen, die, obgleich zunächst nur für römische Verhältnisse wichtig, doch auch für die Gegenwart den Stoff zu fruchtbaren Analogien liefert, wird gemeinhin übersehen; und doch ist ohne sie die Vereinigung zweier Gesetzesstellen nicht möglich, welche zu verbinden seit Accurs das Streben der Ausleger gewesen; ich meine die bekannten l. 7. §. 6. D. de dolo und l. 3. §. 1. L. 4. D. de serv. corr

Denn während in der angef. l. 3. §. 1. Ulpian die actio de servo corrupto gegen denjenigen zuläßt, der einem fremden Sklaven doloser Weise einen gefährlichen und physisch schädliche Wirkungen zur Folge habenden Rath ertheilte; mit den Worten:

> Unde quaeritur, si quis servo alieno suaserit in tectum ascendere, vel in puteum descendere, et ille parens ascenderit, vel descenderit, et ceciderit, crusque vel quid aliud fregerit, vel perierit, an teneatur? Et si quidem sine dolo malo fecerit, non tenetur: si dolo malo, tenebitur,

findet es gleich darauf in l. 4. Paulus für passender, sich der utilis actio legis Aquiliae zu bedienen, indem er bemerkt,

> Sed commodius est, utili lege Aquilia eum teneri.

---

2) Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; caeterum si dolus et calliditas intercessit de dolo actio est. L. 47. D. de R. I. — L. 43. §. 3. D. de furtis., l. 8. D. de dolo.

Demungeachtet sagt Ulpian in der l. 7. §. 6. D. de dolo folgendes:

> Si quadrupes tua, dolo alterius, damnum mihi dederit, quaeritur: an de dolo habeam adversus eum actionem? Et placuit mihi quod Labeo scribit: si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo: quamvis si noxae deditio non sit secuta, non puto dandam, nec in id quod excedit.

Hier entstand nun die Frage: warum Ulpian, wo die actio de pauperie wegen des Eigenthümers Insolvenz d. i. dessen Unvermögen, das beschädigte Thier noxae zu geben, wegfallen muß, die subsidiäre actio de dolo zulasse, und nicht eher nach dem von Paulus in l. 4. cit. aufgeführten Rechtsmittel greife? zumal da der dolus auch hier wohl in einem aufmunternden Zureden bestand, das jemanden in die Nähe eines gefährlichen Thieres zu bringen beabsichtigte.

Am leichtesten war es, hier sich mit Mendoza [3]) der verbrauchten Ausflucht zu bedienen, es sey mit der actio de dolo die actio legis Aquiliae utilis nomine doli gemeint. Die innere Unhaltbarkeit dieser Ansicht ist treffend dargestellt von Zimmern [4]). Seinen Gründen läßt sich zum Ueberfluß noch der äußere hinzufügen, daß es höchst sonderbar seyn würde, wenn Ulpian gerade hier im §. 6. der l. 7. D. de dolo sich einer unstreitig höchst seltenen und zu Irrungen führenden Terminologie bedient haben sollte, da in den beiden vorhergehenden §en desselben Contextes die Aquilische Klage mit der actio de dolo ausdrücklich in Vergleichung gebracht, und für einige Fälle ihr Verhältniß zu einander bestimmt wird. — Auch die übrigen Erklärungen finden sich angeführt und widerlegt bei Zimmern, dessen eigene Meinung nun die ist: man dürfe keine Vereinigung jener Gesetze versuchen, weil sie, da einmal Paulus zufolge l. 4. D. de serv. corr. von Ulpian in l. 3. D. eod. über die Ausdehnung des aquilischen Gesetzes dissentiren, nur gewaltsam vorgenommen werden könne, indem der Letztere auch in l. 7 §. 6. cit. seiner abweichenden Ansicht treu bleiben mußte. Dieser Dissens erhelle auch daraus um so deutlicher, daß in l. 54. pr. D de act. emt. Labeo, der

---

3) Comm. ad leg. Aquil. (Meermann thes. T. II.) l. 3. cap. 7. sect. 1.

4) System der röm. Noxalklagen, S. 248 — 255.

in l. 7. §. 6. cit. als gleicher Meinung mit Ulpian vorkommt, ebenfalls milder über die Culpa gedacht, aber auch gleich daselbst an dem strengeren Paulus einen Gegner gefunden habe.

Was nun letzteren Umstand angeht, so ist wohl darauf kein so großes Gewicht zu legen. Denn Labeo hatte eine offenbar an sich unrichtige Meinung ausgesprochen, und einer solchen wird denn freilich von Paulus das heftige „minime!“ entgegengestellt. Aber die zermalmenden Gründe, mit denen Paulus die Ansicht Labeo's bestreitet, bestehen aus Einwendungen, genommen aus den Principien über Culpa *im* Contracte: dagegen in unserm Falle es sich von Culpa *außer* dem Contracte handelt.

Ob aber Paulus in l. 4. von Ulpian in l. 3. §. 1. cit. dissentire, steht selbst noch in Frage, und darf nicht angenommen werden, wenn man nur für diese beiden Stellen folgenden Gesichtspunkt ins Auge faßt.

Ulpian in der l. 3. §. 1. gestattet die actio servi corrupti gegen den, auf dessen arglistigen Rath ein Sklave gefahrvolle und ihm physisch nachtheilige Handlungen unternahm. Dieser etwas starken Ausdehnung des Edicts wegen der Sklavencorruptionen widerspricht Paulus zwar nicht, findet es aber doch paßlicher, der Sache angemessener („commodius“), sich der hierbei gewöhnlichen Aquilia utilis zu bedienen. Es ist also zwischen l. 3. §. 1. und l. 4. kein Zwiespalt, und Paulus vervollständigt blos die Meinung Ulpians, ohne daß erwiesen werden könnte, daß Ulpian sich geweigert habe, eine Klage zuzulassen, die Paulus als die regelmäßige und eigentliche bezeichnet.

Allein ein mehr bedenklicher Zweifel ist der: Paulus führt uns mit der l. 4. in das Gebiet Aquilischer Verbindlichkeit, bei der als Grundprincip angesehen werden muß, daß nicht auf die in Dolus und Culpa hervortretenden Modificationen der Schuld, sondern auf Imputabilität überhaupt zu sehen ist. In welchem Falle daher die Aquilische Klage wegen dolus gegeben wird, sind wir genöthigt, wenn nur irgend dieselbe Handlung aus blos culposen Bewegungsgründen möglich und imputabel gedacht werden kann, für diese Handlung *auch im Falle bloser Culpa* die Aquilia als zustehend anzunehmen. Wenn nun Paulus in der l. 4. wegen *dolosen* Raths die actio legis Aquiliae gestattet, muß dieses nicht von der allgemeinen Regel, „außer contractmäßigen Verhältnissen obligirt nur *doloser* Rath,“ insofern eine Abweichung nach sich ziehen, als wir sagen müssen, auch *culposer* Rath begründet selbst außer dem Contracte eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz?

Digitized by Google

Allerdings müssen wir dies annehmen: allein nur dann, wenn der Rath einem Sklaven ertheilt worden; nur ein diesem gegebener Rath verpflichtet aquilisch, und darum wird auch nur bei diesem nicht auf dolus, sondern auf Culpa im weiteren Sinne Rücksicht genommen. Denn wegen der steten Möglichkeit, daß der Sklave den gefährlichen Rath ausrichte, und seinen Herrn durch die Deterioration seiner selbst oder einer sonst ihm zugehörigen Sache, in Nachtheil versetze, ist ein solcher Rathgeber ganz gleich demjenigen, der sich fremder Sachen zu möglicher Weise denselben nachtheiligen Versuchen bedient, und wird wie dieser, aquilisch verbindlich. Darauf, ob er bei seinem Rath sich in dolo oder in bloser Culpa befand, kommt im Gebiet des Aquilischen Gesetzes nichts an: und wir haben hier also wirklich einen Fall, wo culposer Rath außer dem Contracte zum Schadensersatz verpflichtet. — Doch finden zwischen der actio servi corrupti und jener ex lege Aquil. util. folgende Unterschiede statt: im Fall des Dolus concurriren beide mit einander, im Fall bloser Culpa aber steht letztere allein zu. Andrerseits aber ist die actio servi corrupti, außerdem daß sie gleich Anfangs, die Aquilia hingegen erst gegen den Läugnenden in duplum geht, darum umfassender, weil sie schon zusteht, ehe noch die Aquilische Klage begründet ist, nämlich vor ereignetem Schaden, wenn nur durch den gegebenen Rath der Sklave geneigt wurde, auch andere halsbrechende Unternehmungen zu wagen. Diese Lage der Sache hängt so genau mit allgemeinen Grundsätzen zusammen, daß fast mehr als bestätigende Autorität, denn als Rechtsquelle angeführt werden kann: Justinian im §. ult. I. de leg. Aquil., der ebenfalls aus gefährlichem, einem Sklaven ertheilten Rath aquilische Verbindlichkeit herleitet, ohne Dolus und Culpa zu unterscheiden.

> — — aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo, vel descendendo, aut mortuus, aut aliqua parte corporis laesus fuerit, utilis in eum actio datur.

Nunmehr ergiebt es sich von selbst, warum in l. 7. §. 6. cit. die actio de dolo und nicht utiliter die Aquilische Klage gegeben ist. Während nämlich in l. 3. §. 1. und l. 4. D. de serv. corr. Ulpian und Paulus von Sklaven reden, denen ein schadenbringender Rath ertheilt worden, ist in l. 7. §. 6. cit. der Berathene kein Sklave, sondern ein Freier. Bei diesem aber muß die Regel: „außer dem Contracte verpflichtet nur doloser Rath," volle Anwendung erleiden, weil es

in keinem Fall etwas aquiliſch imputables enthält, einem Freien zu rathen. Denn wenn der Freie einen nachtheiligen Rath befolgte, ſo hat er die Schuld ſich ſelbſt beizumeſſen, und dem Rathgeber kann nicht angerechnet werden, daß er den Willen eines Freien auf irgend einen Gegenſtand hinlenkte. Hat jemand einem fremden Sklaven etwas gefährliches gerathen, ſo wird er aquiliſch verpflichtet, weil er keine Handlungen mit der Sache eines Andern vornehmen darf; aber die Klage, welche dann dem Herrn zuſteht, hat er doch immer im eignen Namen, nicht im Namen ſeines Sklaven — Darum kann in l. 7. §. 6. cit., weil hier der Berathene ein Freier iſt, nicht wie in l. 3. §. 1. und l. 4. die actio servi corrupti und Aquilia utilis gegeben werden; ſondern es iſt gegen den argliſtigen Rathgeber keine andere Klage möglich, als die actio de dolo. Letztere Klage iſt dann auch die einzig übrige, wenn der Rath zwar Sklaven ertheilt worden, aber keinen aquiliſchen Schaden zur Folge hatte [5]).

Demnach iſt die dritte Beſchränkung jener obigen Regel dieſe:

c) wer einem Sklaven einen Rath ertheilt, aus deſſen Befolgung dem Herrn ein aquiliſcher Schade erwächſt, muß dieſen Schaden präſtiren, ſey der Rath aus argliſtiger Abſicht oder unvorſichtiger Weiſe gegeben worden.

Da — ſo viel mir bewußt iſt — die Geſetze außer dem Angegebenen weiter keine Beſtimmungen über den Rath enthalten, und auch die Natur der Sache jene unbedingte Allgemeinheit erheiſcht, ſo fragt man verwundernd: „woher die Abweichungen der Rechtslehrer von dieſen einfachen Grundſätzen, und woher die Verſchiedenheit dieſer Abweichungen unter ſich?“ Ein in einer andern Lehre vorkommender Billigkeitsſatz war die Veranlaſſung hier ebenfalls eine angebliche Billigkeit einzumiſchen; wozu man denn freilich an einigen hingeworfenen Aeußerungen der Geſetze Unterſtützung fand. Alle Argumentationen dieſer Rechtslehrer ſind entweder direct oder analogiſch aus einer Unterart des mandati in gratiam mandatarii abgeleitet. Es iſt daher zu ihrer Widerlegung nöthig, vorerſt die rechtliche Natur dieſes Mandats zu entwickeln.

§. 2.

Was iſt unter mandatum in gratiam mandatarii, oder, wie es die Römer gewöhnlich nennen, unter mandatum tua gratia zu verſtehen? Zu dieſer Präliminarfrage iſt man um ſo

---

5) L. 31. D. de dolo.

mehr berechtigt, weil ohne eine genaue Gränzbestimmung das mandatum tua gratia mit dem mandato tua et aliena gratia leicht verwechselt werden kann und es sehr bedeutende Folgen hat, ob man ein Geschäft zu der einen oder andern Classe zählt. So wird in den Institutionen der Auftrag, dem Titius ein verzinsliches Capital vorzustrecken, als mandatum tua et aliena gratia angesehen, und gleich darauf derselbe Auftrag als ein Beispiel von einem mand. tua gratia angeführt. Es spricht Justinian in §. 5. I. de mandato.

> Tua et aliena (sc. gratia, intervenit mandatum); veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes; quia si sine usuris pecuniam crederes aliena tantum gratia intervenit mandatum.

und fährt dann §. 6. eod., wo er sich speciell über das mand. tua gratia verbreitet, so fort:

> Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio foenerares? Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

Diese Stellen verglichen mit l. 6. §. 4. 5. D. mand. geben folgendes Resultat: das reine mand. tua gratia entsteht, wenn der Bevollmächtiger, ohne seinen oder eines Dritten Vortheil direct zu beabsichtigen, den Beauftragten zu Handlungen, die in seinem Rechtsgebiet liegen und für ihn von Interesse sind, verpflichten will. Der Fall in §. 5. cit. enthält darum ein mand. tua et aliena gratia, weil es die Absicht des Mandanten war, dem Titius sowohl als dem Mandatar Vortheil zu bringen: jenem durch das verschaffte Capital, diesem durch das nützliche Ausgleichen desselben. Hingegen in §. 6. l. cit. beabsichtigt der Mandant nur den Vortheil des Mandatars, weil er nicht will, daß dieser sein Geld unbenutzt liegen lasse: und darum ist hier ein mandatum tua gratia ertheilt. Diese Erklärung geht schon deutlich aus der Latinität jener Stellen hervor: „veluti, si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes.“ Hier ruht der Nachdruck auf dem vorangesetzten „Titio;“ nicht so in §. 6. cit., „ut pecuniam Titio foenerares;“ denn hier liegt das Gewicht der Rede auf „pecuniam“ und „foenerares.“ *)

*) Es ist daher, um einen Unterschied zwischen beiden Gesetzen herauszubringen, gar nicht nöthig, mit Vinnius ad §. 6. l. cit.

Digitized by Google

Auf diese Weise glaube ich das mand. in gratiam mandatarii hinlänglich von dem s. g. mand. qualificatum geschieden.

§. 3.

Ist nun ein solches mand. tua gratia ertheilt, so kann überhaupt keine Frage über dessen Gültigkeit entstehen, wenn es zu unbestimmt abgefaßt wurde; ganz gemäß vielen andern Entscheidungen, in welchen zu allgemein gestellten Geschäften keine rechtliche Wirkung beigelegt wird [1]). Dahin gehört z. B. der Auftrag, sich lieber Feldgut anzuschaffen, als Geld auf Zinsen auszuleihen, sich beliebig irgend ein Grundstück zu kaufen u. s. w. [2]). Aber selbst auch, wenn es mit hinlänglich bezeichneter Gränze gegeben wurde, ist das mand. tua gr. in der Regel ungültig. Denn das Wesen eines Auftrags besteht darin, daß durch dessen Erfüllung dem Mandanten eine Gefälligkeit erwiesen werde; und es ist eben so unnöthig [3]), jemanden den eigenen Vortheil zur Pflicht zu machen, als es den Begriffen vom honestum zuwiderläuft, da Entschädigung zu verlangen, wo man nur für sich gehandelt hat. Demnach sollte es eigentlich unbeschränkter Grundsatz seyn, daß ein solches donationis causa geschlossenes Mandat durchaus keine rechtliche Wirkung habe. Aber Sabinus fand eine Ausnahme in der Billigkeit, und nahm an, im Fall der Mandatar sonst nicht gehandelt haben würde, so kann er Schadensersatz vom Mandatar fordern. Denn er sey doch durch den Auftrag zu dem Geschäfte bewogen worden, und da sey es billig, daß er seinen Regreß gegen den Auftragenden nehme. Diese Mei-

---

zu sagen, Justinian habe sich geirrt, und in §. 6. cit. sich des Wortes „mandare" fälschlich für „consulere" oder „hortari" bedient.

1) L. 2. §. ult. D. mand., l. 48. §. 2. D. eod.; in welchem letzteren Gesetz die häufig angefochtene Lesart der Flor. „ut mihi quamvis" gewiß einen weit schöneren und passenderen Sinn giebt, als das unbehutsliche „ut tibi quamvis" bei Haloander und Baudoza. Denn die Entscheidung des Celsus beruht nicht auf der Ungültigkeit des mand. tua gratia, sondern auf der Unwirksamkeit zu allgemein gefaßter Aufträge überhaupt.

2) S. z. B. l. 69. §. 4. D. de jur. dot., l. 115. pr. de V. O., l. 71. pr. de legat. I.

3) Quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo actio nascitur. L. 2. pr. D. mand.

Digitized by Google

nung fand Widerspruch, wie sie denn auch, an sich betrachtet, gegen juristische Schärfe verstößt. Justinian aber erklärte sich für diese Meinung des Sabinus ausdrücklich in §. 6. I. de mandato (verb. „sed obtinuit Sabini sententia“ etc.), und hat auch in die Digesten nur die ihr entsprechenden Stellen aufgenommen [4]).

Weil viele Juristen diesen Zusammenhang der Sache nicht einsahen, hauptsächlich darum, weil sie die Unverbindlichkeit des mand. tua gratia überhaupt aus der Billigkeit herleiteten, wonach derjenige den Schaden zu tragen habe, der den Vortheil zieht; so mußte ihnen der Satz der l. 6. §. 5. D. mand., daß die actio contraria dann statt finde, wenn der Mandatar das Geschäft nicht ohnehin unternommen haben würde, ein gewaltiger Stein des Anstoßes seyn. Den hierdurch entstandenen Controversen verdankt dieses höchst einfache Gesetz seine Berühmtheit, die es jedoch mit den in Note 4. angeführten Stellen zu theilen hatte, weil auch diese den bestrittenen Satz nicht weniger deutlich aussprechen. Einige haben diese Bestimmung ganz unerklärlich singulär gefunden, Andere haben versucht, sie wegzuinterpretiren, und noch Andere haben sie aus den Gesetzen herausemendirt. Von den ersteren ist nicht weiter zu reden; von den zweiten hebe ich nur die Ansicht des Donellus heraus, weil sie unter allen ähnlichen die einfachste ist. Donellus [5]) versteht die Worte der l. 6. §. 5. cit. „aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, erit mandati actio“ von einem mand. tua et aliena gratia. Allein dieser Fall war schon im §. 4. der L. 6. vorgekommen, und offenbar hat Ulpian in dem §. 5. einen andern aufstellen wollen. Unter den letzten hat sich Noodt [6]) durch die Kühnheit seiner Emendationen ausgezeichnet, deren Werth Markart [7]) abgewogen, und die auch Thibaut [8]) verworfen hat, und hiefür bedurfte dieser keiner weitern Rechtfertigung, als daß er das Fragment in seiner von Noodt durchaus umgeänderten Gestalt abdrucken ließ.

Da Noodt den wahren Inhalt der l. 6. §. 5. cit. läugnet, so hat er sich auch gegen die l. 32. D. mand. gewandt,

---

4) L. 6. §. 5. D. mand., l. 32. D. eod., l. 1. §. 14. D. depositi.

5) Comm. l. XIII. c. 10. §. 15.

6) Prob. p. 74.

7) Probabil. recept. lection. p. 76.

8) Versuche., Thl. I. Abh. 8. S. 122. (2te Ausg.)

Digitized by Google

und behauptet, dieses Gesetz rede nur von einem mand. mea et tua gratia. Allein der Eingang desselben ist ganz allgemein gestellt, und nur am Schlusse ist von einem mandirenden Erbschaftsgläubiger die Rede, welchen Fall Julian gelegentlich mit berührte, weil er öfter vorkam [9]).

Noch bleibt zu erörtern übrig, wer den Beweis zu führen habe. Man muß hierbei zwei Fragen unterscheiden, weil es zwei verschiedne Beweisthema geben kann. Nämlich

a) ist es streitig, ob der ertheilte Auftrag ein mand. in gratiam mandatarii, oder eine andere Art des Mandats sey, so wird gegen jenes präsumirt, und der Mandant muß, wenn gegen ihn mit der actio contraria geklagt wird, beweisen, daß das Mandat den alleinigen Vortheil des Mandatars beabsichtiget und ingegangen habe. Denn bekanntlich müssen wir für die Gültigkeit eines Geschäfts, und gegen Schenkungen präsumiren.

b) Ist es hingegen entweder an sich klar, oder durch den Beweis des Mandanten zur förmlichen Wahrheit gediehen, daß das Geschäft ein mand. tua gratia gewesen: so kann der Mandatar mit seiner actio contraria nur dann durchdringen, wenn er beweist, daß er ohne den Auftrag nicht gehandelt haben würde [10]). Denn die Regel ist, daß das mand. tua gratia keine Gültigkeit habe, und die Ausnahme muß bewiesen werden. Da es sich hier mittelst künstlichen Beweises leicht bis zu einem Erfüllungseide bringen läßt: so ist diesen Beweis zu führen, gar nicht so außerordentlich schwierig, als es auf den ersten Anblick scheinen möchte.

§. 4.

Alle diese Bestimmungen über das mand. tua gratia sind mehr oder minder auf den Rath und die Empfehlung angewandt worden; hauptsächlich wegen folgender Worte des Gajus in der l. 2. §. ult. D. mand., die in §. 6. I. eod. wiederholt sind:

> Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces, quam foeneres: vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emptiones praediorum colloces: cujus generis mandatum magis consilium est, quam man-

9) L. 4. D. de doli mali et met. exc.

10) Thibaut a. a. O. S. 21.

Digitized by Google

datum; et ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur: quia liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium.

Schon Donellus hat an dem in diesem Gesetz enthaltenen Argument ein Aergerniß genommen, und darüber ausgesprochen: „sed haec ipsa ratio rationis indiget.“ Indeß soll das Raisonnement des Gajus keineswegs den Grund abgeben, warum ein mand. tua gratia ungültig sey (denn dieser Grund ist im pr. der l. 2. cit. den darauf folgenden Erörterungen vorausgeschickt) [1]; sondern die Vergleichung mit dem Rath bezieht sich auf die vorangehenden Beispiele, und es ist dadurch nichts weiter ausgedrückt, als daß ein zu unbestimmt gefaßtes mandatum tua gratia in Rücksicht seiner rechtlichen Folgen eben so unwirksam sey. Daß Gajus hierzu der Schlußform sich bediente, ist zwar sonderbar, aber bei den römischen Juristen nicht ungewöhnlich. Wirklich wenn man von dem mand. tua gratia das Band des Vertrages herunternimmt, so bleibt nichts anderes als der Rath übrig. Aber darum ist das mand. tua gratia nicht äqual dem Rathe; seine Aehnlichkeit mit diesem ist anerkannt, aber nicht die Identität seiner Natur.

Ich übergehe die Meinungen derjenigen, welche eine oder die andere Eigenschaft des mand. tua gratia auf den Rath übertragen, um ihn so verbindlich zu machen; denn diese sind schon von Thibaut [2]) hinlänglich widerlegt.

Thibaut verwirft alles Gleichsetzen des Raths mit dem mand. tua gratia, und wendet dieses, unter Zuziehung von l 6. §. 5. D. mand., nur analogisch, nicht unmittelbar an. Seine Theorie ist folgende: „im Allgemeinen entstehet für den Rathenden und Empfehlenden keine Verpflichtung zum Schadensersatz, selbst dann nicht, wenn er sich dazu anheischig gemacht hat. Nur alsdann leidet der letzte Satz eine Ausnahme, wenn der Rath und die Empfehlung den Hauptbewegungsgrund zum Handeln gaben. Beides muß also zusammentreffen, um den Regreß zu begründen, und der Rathgeber wird durch die Existenz einer dieser Bedingungen niemals allein verpflichtet.“ Allein ich halte selbst diese bloße Analogie aus l. 6. §. 5. D. mand. für unzulässig. Denn

---

1) S. ob. §. 3. not. 3.

2) l. c. S. 120.

Digitized by Google

a) haben die Gesetze unbeschränkt an mehreren Orten ausgesprochen, der Rath begründe keine Verbindlichkeit.

b) Wenn die l. 2. §. 6. cit. sagt, das mand. tua gratia habe eben so wenig verbindliche Kraft als der Rath, in der l. 6. §. 5 cit aber unter andern Bedingungen das mand. tua gratia für verbindlich erklärt wird; so folgt noch nicht, daß unter denselben Bedingungen auch der Rath verbindliche Kraft haben solle, sondern nur so viel, daß wenn der Fall von l. 6. §. 5 cit. eintritt, das mand. tua gratia dem Rath in Hinsicht seiner rechtlichen Folgen nicht gleich stehen solle.

c) Die von Thibaut angegebenen Erfordernisse eines verbindlichen Raths umfassen gar nicht diejenigen, welche nach l. 6. §. 5. cit. zu einem verbindlichen mand. tua gratia nothwendig sind. Dies letztere enthält nämlich zwei Momente; einmal den erklärten und vertragsmäßig acceptirten Willen des Mandanten, sich verbindlich zu machen, und dann, daß ohne das Mandat der Bevollmächtigte nicht gehandelt haben würde. Von diesen beiden Momenten findet sich unter Thibauts Erfordernissen für den Rath nur das eine, nämlich, daß der Rath der Hauptbewegungsgrund zum Handeln gewesen seyn müsse, vollständig wieder; das andere Moment ist darunter nicht vorhanden. Denn ein Rath mit dem Versprechen zum Schadensersatz steht in keiner Parallele mit jener vertragsmäßigen Verbindlichkeit; um einem Versprechen rechtliche Kraft zu geben, reicht dessen blose Ertheilung nicht hin, sondern es muß gehörig acceptirt werden. Diese förmliche Pacisecirung liegt in dem eingegangenen Mandat, und auf ihr beruht die Hälfte der Entscheidung in l. 6. §. 5. cit.

Tritt nämlich das Versprechen der Schadloshaltung zu dem Rath hinzu, so entsteht daraus an und für sich keine Verbindlichkeit für den Rathgeber; ein Rath hat keine verbindliche Kraft, ein bloßes Versprechen eben so wenig. Wird hingegen dieses, dem Rathe beigegebene, Versprechen gehörig acceptirt, so geht die Sache in ein ganz anderes Geschäft über. Dann ist nämlich ein eigner bedingter Vertrag zur Uebernahme der Gefahr eingegangen; bedingt, in so fern die Gefahr nur auf den Fall übernommen wurde, daß die Handlung dem Inhalt des Raths entsprechend ausgeführt wird. Der Unterschied zwischen dem gültigen mand. tua gratia, und dem Rath mit dem Versprechen der Schadloshaltung, besteht darin: jenes Mandat wird im Grunde nicht durch die aus dem Auftrag hervorgegangene Handlung des Mandatars gültig, sondern durch die Einwilligung, durch das Contrahiren der Parteien. Ein solches Contrahiren aber enthält der Rath mit hinzugefügtem Versprechen der Schadloshaltung nicht. Tritt jedoch die Accep-

Digitized by Google

tation des andern Theils hinzu, so ist ein Vertrag auf bedingte Uebernahme der Gefahr eingegangen, und nach den Grundsätzen über diese Verträge zu beurtheilen. Die Acceptation des Vertrags ist jedoch natürlich nicht schon in der bloßen Billigung oder Befolgung desselben enthalten. Bei den Römern konnte nun freilich ein solches Geschäft durch bloßen Consens nicht vollgültig gemacht werden, sondern hierzu wurde eine Stipulation erfordert.

Ist auf diese Weise der Vertrag eingegangen, so kommt gar nichts mehr darauf an, ob der Rath der Hauptbewegungsgrund der unternommenen Handlung war, oder ob er nur adjutorisch mitwirkte. Denn der Rath ist ja rechtlich überhaupt gar kein Bewegungsgrund, und die Analogie der l. 6 §. 5. cit. findet hier keine Anwendung, da der Rath nur die Bedingungen oder Gränzen des Versprechens bezeichnet, und bei einem bedingten Vertrage überhaupt nichts darauf ankommt, auf welche Weise die Bedingung existent geworden.

Die Frage aber, ob in einem gegebenen Falle ein Rath ertheilt, oder ein mand. in gratiam mandatarii eingegangen sey, ist mehr facti, als juris. Die Römer hatten bestimmte Terminologieen: die Worte „volo, rogo, mando," worauf der Bevollmächtigte antwortete „recipio" begründeten ein Mandat. Doch gab es außer diesen noch andere Formeln, und zuweilen fielen diese ganz weg [3]). Die Worte „commendo, moneo, suadeo," u. a. dergl. enthielten einen bloßen Rath [4]).

Was vom Rath gesagt ist, muß um so mehr von der Empfehlung gelten, da diese einen bei weitem weniger speciellen Bewegungsgrund angiebt [5]). Unterdessen hat sich über letztere, in Beziehung auf Handelssachen, die Ansicht mehrerer neueren Gesetzgebungen geändert, und es läßt sich auch eine solche Abweichung vom strengen Recht aus Rücksichten für den kaufmännischen Credit recht gut vertheidigen.

---

3) L. 1. §. 2. D. mand. l. 12. §. 13. eod. Donell. l. c.

4) L. 11. §. 2. de legat. III., l. 42. de negot. gest.

5) L. 13. §. 12. D. mand.

V.

Bemerkungen über die quasipupillaris substitutio.

Von
Dr. Unterholzner, Professor der Rechte zu Breslau.

§. 1.

Wenn im Vorjustinianischen Rechte der Fall vorkam, daß jemand ein vom Wahnsinn ergriffenes Kind hinterließ, und er die natürlichen Erben für den Fall, daß es bei fortdauerndem Wahnsinne sterben, und dadurch die Intestaterbfolge herbeigeführt würde, ausschließen wollte, so konnte er zu diesem Ende verschiedene Wege einschlagen:

1) Er konnte sein wahnsinniges Kind enterben, und dafür seine Verlassenschaft an einen Dritten geben, dabei jedoch solche Verfügungen treffen, daß das Kind durch diese Maasregel nicht zu Schaden kam. Z. B. er konnte anordnen, daß der eingesetzte Erbe den Wahnsinnigen, so lange er lebe, verpflegen, und wenn er etwa den Gebrauch seines Verstandes wieder erlangen würde, ihm die Erbschaft ganz oder doch großentheils wieder herausgeben solle. Eine solche Enterbung in guter Absicht (exheredatio bona mente facta) konnte nach dem vor Justinian geltenden Rechte nicht als lieblos angefochten werden, und somit erreichte man dadurch den Zweck, sein Vermögen den natürlichen Erben des Kindes zu entziehen. Aber freilich war diese Maasregel immer etwas bedenklich, indem man theils nicht hindern konnte, daß nicht der eingesetzte Erbe, wenn er bei aufhörendem Wahnsinn die Erbschaft herausgab, diese durch den Abzug der Quarta Falcidia schmälerte; theils auch sonst

der Redlichkeit eines solchen Dritten zu viel anvertrauen, und das Wohl seines Kindes gewissermaßen in seine Hände legen mußte: und diese Rücksicht mag denn auch wohl den Kaiser Justinian späterhin bewogen haben, die Enterbungen in guter Absicht ganz abzuschaffen [1]).

2) Man konnte die Erbschaft zwar dem wahnsinnigen Kinde lassen, dabei aber die Verfügung machen; daß dieselbe nach dem bei fortdauerndem Wahnsinn erfolgten Tode an eine bestimmte Person fallen solle. Durch eine solche Verfügung erreichte man jedoch seinen Zweck nicht vollständig; denn da seit dem S. C. Pegasianum die Erbschaft auch nicht einmal durch fideicommissa über drei Viertheile beschwert werden konnte, so mußte wenigstens die Quarta Falcidia auf die Intestaterben des wahnsinnigen Kindes kommen. Eine Verletzung des Pflichttheils aber lag in einer solchen Anordnung eben darum nicht, weil das falcidische Viertel schon nach dem S. C. Pegasianum dem fideicommissum entzogen war.

3) Man konnte sich aber an den Kaiser wenden, und sich von diesem die Erlaubniß der substitutio erbitten. Eine solche Erlaubniß rechtfertigte aber, wie billig, die substitutio blos für den Fall, wo der Wahnsinnige nachher in dem Zustande des Wahnsinns starb, gesetzt auch, daß sie nicht ausdrücklich auf diesen Fall beschränkt gewesen wäre. „Etenim (sagt Paulus) iniquum incipit fieri beneficium principis, si adhuc id valere dicamus: auferret enim testamenti factionem homini sanae mentis.“ *) Uebrigens hat es viele Wahrscheinlichkeit, daß dergleichen kaiserliche Erlaubnißbriefe gewöhnlich nur an Väter ertheilt wurden, welche wahnsinnige Kinder in ihrer Gewalt hatten; so wie auch bei mündigen Kindern das

1) Nov. 115. c. 3. „.... Sancimus igitur non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam, vel ceteros liberos praeterire, aut exheredes in suo facere testamento .... nisi forsan probabuntur ingrati,“ etc.

*) Fr. 43. pr. D. de vulg. et pup. subst. (28 6).

Digitized by Google

gesetzliche Recht der pupillaris substitutio nur unter Voraussetzung der väterlichen Gewalt zustand. Ob jedoch die Erlaubniß der substitutio blos von demjenigen Vermögen, was von dem Vater auf das wahnsinnige Kind überging, verstanden wurde; oder ob sie auch auf das eigene Vermögen des Wahnsinnigen ging, läßt sich so geradezu nicht entscheiden. Für die letztere Deutung scheint der Umstand zu sprechen, daß es doch natürlich scheinen mußte, das vom Kaiser ertheilte Recht der substitutio auch in dieser Hinsicht nach dem Rechte der pupillaris substitutio zu beurtheilen; für die erstere spricht dagegen der Grundsatz, daß privilegia a principe concessa so verstanden werden müssen, daß sie nicht eine Unbilligkeit gegen Dritte mit sich bringen [2]). Wenn man nämlich einem Vater die Erlaubniß giebt, sein eigenes Vermögen durch substitutio den Intestaterben seines Sohnes zu entziehen, so möchten diese im Allgemeinen keine billige Beschwerde dagegen erheben können: während sie dazu die gegründetste Ursache haben, wenn jemand berechtigt werden soll, ihnen sogar die Aussicht auf ein ursprünglich fremdes Vermögen zu verkümmern.

§. 2.

So war die rechtliche Lage der Dinge, als im J. 528. die c. 9. C. de impuberum et aliis substitutt. (6. 26.) erschien. Sie lautet also;

> Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut si filium, nepotem vel pronepotem cujuscunque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis mente captus, vel mente capta perpetuo sit, vel, si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum sapiat; liceat hisce parentibus, legitima por-

2) Fr. 2. §. 16. ne quid in loco publ. vel itin. fiat. (43. 8.)

Digitized by Google

tione ei vel eis relicta, quos voluerint his substituere: ut occasione hujusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris querela nulla contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, ut si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset. Vel si filia, aut alii descendentes ex hujusmodi mente capta persona sapientes sint; non liceat parenti, qui vel quae testatur, alios quam ex eo descendentes, unum, vel certos, vel omnes substituere: sin vero etiam liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat; ad fratres eorum unum, vel certos, vel omnes eandem fieri subsitutionem oportet.

Hier iſt nun zuvörderſt ſo viel klar, daß den Eltern das Recht einer substitutio in Anſehung ihrer wahnſinnigen Kinder gegeben werden ſoll. Die Eltern brauchen alſo des bedenklichen Mittels der Enterbung in guter Abſicht ſich nicht zu bedienen; ſie können vielmehr immerhin ihre wahnſinnigen Kinder zu Erben einſetzen, und vermögen dennoch, es zu verhindern, daß nicht nach dem im Wahnſinn erfolgten Tode der Kinder die Erbſchaft den natürlichen Erben derſelben in die Hände falle. Sie brauchen auch nicht den Weg eines fideicommissum zu wählen, und ſind alſo nicht in die Nothwendigkeit verſetzt, den natürlichen Erben der Kinder wenigſtens den vierten Theil der Erbſchaft zufallen zu laſſen; denn ſie können ganz unſtreitig die substitutio auf das ganze Vermögen richten, was ſie in ihrem letzten Willen dem wahnſinnigen Kinde zuwenden, ohne daß dieſes als eine widerrechtliche Beſchwerung des Pflichttheils angeſehen werden könnte. Es treten in dieſer Hinſicht völlig dieſelben Grundſätze ein, wie bei der pupillaris substitutio. Wer dem unmündigen Kinde, welchem er pupillariter ſubſtituirt, nichts weiter als den Pflichttheil gegeben hat, kann dennoch ſicher ſeyn, daß ſein letzter Wille durch die querela inofficiosi nicht umgeſtoßen wird; und

Digitized by Google

mit dem Haupttestamente bleibt auch die pupillaris substitutio in Kraft, so daß aus dieser kein Grund für die querela inofficiosi hergenommen werden kann. Darauf beziehen sich in der angefügten Verordnung die Worte:

„Liceat hisce parentibus, legitima portione ei vel „eis relicta, quos voluerint his substituere: ut oc„casione hujusmodi substitutionis ad exemplum pu„pillaris querela nulla contra testamentum eorum „oriatur.“

Diese natürliche Erklärung der ausgehobenen Worte erlaubt nun aber allerdings nicht, daß man gerade die Einsetzung auf den Pflichttheil als eine besonders geforderte Bedingung der substitutio furioso facta betrachte. Die substitutio für wahnsinnige Kinder ist begreiflicherweise eben so wohl, wie die pupillaris substitutio, davon abhängig, daß derjenige, welcher die substitutio anordnet, sich selbst ein gültiges Testament gemacht habe. Ist dieses durch die querela inofficiosi umgestoßen werden, so besteht auch die substitutio nicht. Und insoferne ist es allerdings gewiß, daß derjenige, der seinem wahnsinnigen Kinde nicht den vollen Pflichttheil hinterlassen, und daneben eine substitutio angeordnet hatte, für die Gültigkeit seines letzten Willens schlecht gesorgt hatte, weil dem Haupttestament durch die querela inofficiosi Gefahr drohte. Erst zwei Jahre nach der c. 9. C. de impub. et aliis substitut. änderte sich dies, als Justinian in der c. 30. de inofficioso testam. (3. 28.) verordnete, daß in allen Fällen, wo weniger als der Pflichttheil hinterlassen wäre, das Fehlende stillschweigend ergänzt werden solle; daher denn auch die querela inofficiosi nicht weiter mehr zulässig ist, weil derjenige, welcher den vollen Pflichttheil bekömmt, sich zu beschweren keinen Grund hat. Seit dieser Verordnung ist also auch eine substitutio furioso facta vollkommen gültig, obgleich man das wahnsinnige Kind nicht auf den vollen Pflichttheil eingesetzt hat, weil die neue Verordnung diesen Fall eben so behandelt, als ob der Pflichttheil unverkürzt gegeben wäre.

Digitized by Google

§ 3.

Wir kommen nunmehr zu der eigentlichen Hauptfrage in dieser Lehre. Wie weit geht nämlich das den Eltern gegebene Recht, dem wahnsinnigen Kinde zu substituiren? Geht es blos auf dasjenige Vermögen, was sie dem wahnsinnigen Kinde hinterlassen haben? Oder geht es überhaupt auf das Vermögen des wahnsinnigen Kindes, so daß der substitutus auch dasjenige bekömmt, was dem Kinde anders woher erworben worden ist. Für das letztere scheint besonders das bei der pupillaris substitutio geltende Recht zu sprechen; denn es ist bekannt, daß diese substitutio das ganze Vermögen des unmündigen Kindes ergreift, daher sie denn auch selbst bei einem enterbten Kinde Statt finden kann. Es ist nur die Frage, inwieferne wir berechtigt sind, dieses für die pupillaris substitutio geltende Recht auch bei derjenigen Art der substitutio anzuwenden, welche den Gegenstand unserer Untersuchung ausmacht.

Bekanntlich heißt bei den Neuern die substitutio für wahnsinnige Kinder eine quasi pupillaris; und mancher möchte schon in diesem Ausdrucke einen wichtigen Grund gefunden zu haben glauben, die möglichste Gleichheit zwischen der pupillaris substitutio und der substitutio für wahnsinnige Kinder Statt finden zu lassen. Dennoch wird Niemand läugnen wollen, daß, wenn aus der Benennung irgend etwas soll geschlossen werden können, diese in den Quellen ihre Begründung haben müsse. Liest man nun freilich in der c. 9. C. de impub. substitut. die Stelle

„ut occasione hujusmodi substitutionis ad exem-
„plum pupillaris querela nulla contra testamen-
„tum eorum oriatur.“

so, daß die Worte „ad exemplum pupillaris“ zum Vorhergehenden gezogen werden, so kömmt man dadurch zu einer „substitutio ad exemplum pupillaris.“ Wenn man aber die Stelle nach ihrem ganzen Zusammenhange unbefangen betrachtet, so findet man bald, daß diese Erklärungsweise etwas Gezwungenes hat, und daß es weit natürlicher ist,

Digitized by Google

jene Worte mehr zum Folgenden zu ziehen, wo alsdann die Stelle nichts weniger als eine allgemeine Gleichstellung der pupillaris substitutio ausspricht, sondern nur sagt, es solle in letzten Willensverordnungen, die eine substitutio für einen Wahnsinnigen enthalten, bloß dieser substitutio wegen eben so wenig eine querela inofficiosi Statt finden, als diese wegen einer pupillaris substitutio Statt finden kann. Ich verweise deshalb auf das, was darüber schon weiter oben gesagt worden ist. Eher könnte aus der Art und Weise, wie die Justinianischen Institutionen (§. 1. I. de pupill. substit.) sich darüber ausdrücken, ein Grund für eine solche allgemeine Gleichstellung hergenommen werden. Dort heißt es:

> Qua ratione excitati, etiam constitutionem in nostro posuimus codice, qua prospectum est, ut si qui mente captos habuerint filios vel nepotes vel pronepotes, cujuscumque sexus vel gradus; liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere. Sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari: et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quae, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.

Doch ist im Grunde auch hier nichts weiter gesagt, als daß die substitutio bei wahnsinnigen Kindern eben so wohl möglich seyn soll, als bei Unmündigen: ohne daß damit entschieden wäre, daß sie auch gerade dieselben Wirkungen habe. Daher kömmt denn auch die Berufung auf die Aehnlichkeit mit der pupillaris substitutio in der Stelle sogleich noch einmal vor, wo von der Zeit die Rede ist, bis zu welcher die substitutio für wahnsinnige Kinder Kraft hat: zum Beweise, daß die vorhergangene Erwähnung dieser Aehnlichkeit bloß in einer ganz einzelnen Beziehung genommen werden muß [2]).

---

3) Man erwäge noch: 1) die Codexstelle ist und bleibt immer die eigentliche Quelle; die Institutionen sprechen blos mit Beziehung

Wir wollen jedoch auf diese Untersuchungen gar nicht einmal ein sehr großes Gewicht legen; denn gesetzt auch, daß eine Gleichstellung zwischen der substitutio für wahnsinnige Kinder und pupillaris substitutio im Allgemeinen wirklich ausgesprochen wäre, so würde dieses doch auf jeden Fall nur insoweit verstanden werden können, als es die Natur beider rechtlichen Einrichtungen erlaubt. Die Hinweisung auf die pupillaris substitutio würde auf jeden Fall nur ein Fingerzeig seyn, der uns über die Natur der substitutio für wahnsinnige Kinder aufklären, nicht aber uns über dieselbe verwirren soll. Es kömmt also darauf an, genauer zu untersuchen, ob die von Justinian eingeführte substitutio ihrer Eigenthümlichkeit nach namentlich auch darin eine Gleichstellung mit der pupillaris substitutio zuläßt, daß sie gleich dieser nicht auf dasjenige Vermögen beschränkt wird, was der Urheber der substitutio seinem Kinde hinterlassen hat. Dieses muß aber geläugnet werden, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Das Recht der pupillaris substitutio beruht auf der väterlichen Gewalt, welche in jenem Rechte selbst noch über die Grenze des Lebens hinaus wirksam ist. So wie der Vater alles, was die seiner Gewalt unterworfenen Kinder bei seinen Lebzeiten erwarben, als Sein betrachtet (und zwar nach dem älteren Rechte, aus welchem das Recht der pupillaris substitutio sich herschreibt, ohne alle Einschränkung), so wie er also darüber in seinem letzten Willen die freie Verfügung hat; so hat er auch bei der pupillaris substitutio das Recht, die erst nach dem Tode gemachten Erwerbungen seiner unmündigen Kinder zum Gegenstande seiner letzten Willensverordnung zu

---

auf jene Verordnung von der Sache: die Auslegung der Coderstelle ist daher bei weitem die Hauptsache 2) Da die Institutionen die substitutio für wahnsinnige Kinder nicht füglich anderswo als bei der pupillaris substitutio einschalten konnten, so wäre es kein Wunder, wenn sie auf die Aehnlichkeiten mit dieser letzteren ein noch größeres Gewicht legten.

Digitized by Google

machen. Man braucht nur, um dieses recht natürlich zu finden, dem Rechte der XII Tafeln die fictio einer bis zur Mündigkeit der Kinder auch noch nach dem Tode fortlebenden väterlichen Gewalt unterzulegen, und das Recht der pupillaris substitutio als abgeleitet aus diesem Grundgedanken zu betrachten: wie denn das Recht einen tutor für die unmündigen Kinder zu ernennen, mit diesem Grundgedanken im Zusammenhange steht. Die substitutio für wahnsinnige Kinder beruht dagegen gar nicht auf väterlicher Gewalt, denn die angeführte c. 9. C. de impub. et al. substit. erlaubt die substitutio den Eltern beiderlei Geschlechts [4]), also offenbar ohne alle Rücksicht auf väterliche Gewalt: was bei der pupillaris substitutio sehr natürlich und erklärlich ist, würde daher bei der substitutio für wahnsinnige Kinder höchst auffallend und ohne Beispiel seyn.

2) Da die pupillaris substitutio auf der väterlichen Gewalt beruht, und diese nur Einer haben kann; so können auch niemals Mehrere in den Fall kommen, das Recht der pupillaris substitutio auszuüben. Die substitutio für wahnsinnige Kinder steht dagegen allen Eltern ohne Rücksicht auf Geschlecht oder Grad zu; und es ist daher möglich, daß in einem Falle, wo mehrere derselben am Leben sind, auch mehr als eines von dem Rechte der substitutio Gebrauch macht. Es ist klar, daß uns das Recht der pupillaris substitutio nicht den kleinsten Fingerzeig zur Lösung dieser Schwierigkeit giebt: und daher muß denn auch jeder Lösungsversuch notwendig sehr willkührlich ausfallen. Am wenigsten willkührlich könnte noch diejenige Meinung scheinen, welche die mehreren Substitutionen neben einander gelten läßt [5]): wo dann aber die sonderbare

---

4) Verb. „parenti qui vel quae testatur, und nachher: testatori vel testatrici.

5) Thibaut (System des Pandectenrechts §. 703) „Concurriren Vater und Mutter, so geht der väterliche Substitut insoweit vor, als er noch als Pupillar-Substitut angesehen werden kann,

Digitized by Google

und beispiellose Erscheinung sich darbietet, daß jemand aus mehreren Testamenten, und noch dazu aus den Testamenten verschiedener Personen beerbt wird. Nimmt man dieses nicht an, so muß man entweder dem der Zeit nach früheren Testamente einen Vorzug zugestehen, oder man muß die Rücksicht auf Geschlecht und Gradesnähe entscheiden lassen: wo man alsdann wieder die Wahl hat, ob man das Geschlecht mehr gelten lassen will, als die Nähe des Grades, oder umgekehrt; ob man also z. B. die großväterliche substitutio vor der mütterlichen, oder diese vor jener will in Anwendung kommen lassen. Allenfalls könnte auch noch die väterliche Gewalt ihren Einfluß behaupten wollen [6]). Man wähle nun aber unter diesen verschiedenen Auswegen welchen man wolle; nie wird man dem Vorwurf der Willkührlichkeit entfliehen können.

---

sonst müssen sich die verschiedenen Substituten, wie concurrirende Miterben, beschränken"

6) Donellus (comment. I. C. lib. VI. c. 27.) läßt immer nur Eine substitutio gelten, und zwar 1) vor allen die des paterfamilias, außerdem 2) des Vaters von jener der Mutter, und 3) die der eigentlichen Eltern von jener der Großeltern. Fernandes Vesquius (in tract. de success. p. II. lib. 2. §. 17. n. 46.) sagt: Qui in pupillari substitutione facienda reliquis praeferuntur, in exemplari substitutione similiter facienda: et sic pater et ascendentes per lineam paternam praeferentur matri et ascendentibus per lineam maternam. Si vero simus in personis quae non possunt pupillariter substituere, tunc qui prior erit in successione ab intestato, is quoque potior erit in substituendo exemplariter." Ganz genau scheint Vesquius sich nicht ausgedrückt zu haben, denn es ist nicht wahr, daß die ascendentes per lineam paternam (z. B. die väterliche Großmutter, oder deren Vater) das Recht der pupillaris substitutio haben. Uebrigens ist die Meinung über den Vorzug der väterlichen substitutio sowohl vor Donellus sehr häufig gewesen (z. B. bei Petrus und Cynus), als auch nachher oft wiederholt, obgleich nicht immer

Digitized by Google

§. 4.

Gründe genug, warum wir keinen Schluß von der pupillaris substitutio auf die substitutio für Wahnsinnige können Statt finden lassen. Wir wollen nun sehen, inwieferne für die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher die substitutio für wahnsinnige Kinder blos auf das von dem testator kommende Vermögen eingeschränkt wird, bessere Gründe sprechen.

1) Der Billigkeit an sich ist es gewiß sehr gemäß, daß die Eltern, die doch in der Lage sind, ihrem wahnsinnigen Kinde nothwendig einen Erbantheil hinterlassen zu müssen, für den Fall, daß der Wahnsinn bis zum Tode des Kindes fortdauert, darüber eben so verfügen können, als ob dieses wahnsinnige Kind gar nicht vorhanden gewesen wäre. Weiter gehen aber auch die Forderungen der Billigkeit nicht; vielmehr ist es etwas an sich Unnatürliches, und (abgesehen von dem Falle der pupillaris substitutio, wo die vorher entwickelten ganz besonderen Gründe es rechtfertigen) völlig Unerhörtes, daß man über ein schlechthin fremdes Vermögen einen rechtsgültigen letzten Willen machen könne. Setzen wir einen ganz armen mütterlichen Großvater, der für den wahnsinnigen Enkel eine substitutio gemacht hat. Setzen wir ferner, daß dessen Vermögen hauptsächlich von der väterlichen Großmutter sich herschreibt, daß auch deren Testament eine substitutio enthält. Mit welchem Anscheine von Billigkeit wird der vom Großvater ernannte substitutus neben dem anderen, der von der Großmutter ernannt ist, zur Erbfolge gelangen wollen?

2) Man denke nun ferner sich folgenden Fall. Ein junger Mann, der von seiner Mutter ein bedeutendes Vermögen ererbt hat, wird wahnsinnig. Noch ist eine ganz arme väterliche Groß-

---

so bestimmt ausgesprochen worden, als bei Donellus, z. B. in des Vinnius, Mynsinger und Schneidewin Commentarien über die Institutionen.

Digitized by Google

mutter am Leben, die sich inzwischen dennoch zu einer substitutio für berechtigt hält. Da der Wahnsinnige keine Kinder hat, wie wir annehmen wollen, und die Großmutter auch von ihrem Sohne keine anderen Enkel weiter am Leben hat, so ist der Fall eingetreten, wo sie zufolge der const. 9. cit. keine weiteren Rücksichten bei ihrer substitutio zu nehmen braucht: sie ernennt daher einen ganz Fremden zum Erben ihres wahnsinnigen Enkels. Dieser Enkel hat aber einen Halbbruder von mütterlicher Seite und nun fragt es sich, mit welchem Anschein von Billigkeit dieser Halbbruder durch den Fremden ausgeschlossen werden könne? Oder, um allgemein zu sprechen, liegt nicht schon darin, daß den Eltern, die eine substitutio machen wollen, blos die Rücksicht auf solche Personen zur Pflicht gemacht ist, die auch mit ihnen selbst in dem Verhältnisse unumgänglicher Erben stehen, die stillschweigende Voraussetzung, daß die ganze substitutio nur auf das von ihnen herkommende Vermögen gehe? Denn, wenn dieses ist, so kann gegen die Billigkeit jener Festsetzung freilich nichts eingewendet werden.

3) Vollends sonderbar wird das Verhältniß, wenn man sich den Fall auf folgende Weise denkt. Ein Wahnsinniger, dessen Vermögen hauptsächlich aus väterlichem Erbgut besteht, hat bei seinem Tode noch eine väterliche Großmutter am Leben. Der mütterliche Großvater dieses Wahnsinnigen hat aber ein Testament gemacht, welches eine substitutio für den wahnsinnigen Enkel enthält: und da der Wahnsinnige weder Kinder noch Geschwister hat, so ist bei der substitutio die Wahl auf einen ganz Fremden gefallen. Wollen wir nun annehmen, daß dieser Fremde sogar die väterliche Großmutter ausschließt, so finden wir, daß außer der Unbilligkeit, die in der Sache selbst liegt, noch etwas höchst Seltsames eintritt. Wäre die Großmutter mit Hinterlassung eines Testamentes gestorben, und hätte sie in diesem Testamente eine substitutio gemacht, so würde der von ihr ernannte substitutus zur Erbfolge gekommen seyn, und mit dem andern, den der Großvater ernannt hat, sich ge-

Digitized by Google

theilt haben: ihr substitutus würde also Rechte gehabt haben, die sie jetzt, da sie noch am Leben ist, selbst nicht hat. Diese ganze Seltsamkeit verschwindet, wenn man den Eltern die substitutio nur in Ansehung des von ihnen kommenden Vermögens gestattet.

4) Die Annahme einer substitutio, welche blos auf dasjenige Vermögen geht, was jemand von dem Anordner der substitutio geerbt hat, ist gar nicht etwas so Beispielloses, als man etwa glauben möchte. Sie kömmt auch bei den Testamenten der Kriegsleute vor. Diese können z. B. ihren Kindern selbst über die Zeit der Unmündigkeit hinaus, etwa auf den Fall, daß sie vor dem zurückgelegten 25sten Jahre sterben würden, durch substitutio einen Erben geben; alsdann aber nur in Ansehung des auf die Kinder vererbten Vermögens (bona paterna) [7]). Eben so können sie auch für den Fall, daß die Kinder in der Gewalt des Großvaters sterben sollten, durch substitutio Vorsorge treffen [8]). Kriegsleute können nämlich überhaupt und nicht etwa blos bei Kindern, sich der substitutio auf eine ganz ungebundene Weise bedienen; sie können sogar (weil sie nicht an den Satz gebunden sind, daß keine Erbfolge ex die oder ad diem Statt finden soll) mehrere Erben so hintereinander einsetzen, daß der erste mit dem Eintreten eines gewissen Zeitpunktes Erbe zu seyn aufhöre, bei den andern aber die Erbfolge anfange [9]). So kann es also insbesondere kommen, daß jemand in den Testamenten mehrerer Soldaten zum Erben eingesetzt worden ist, und daß jedes dieser Testamente eine substitutio enthält. Wir wollen annehmen, diese sey überhaupt auf den Fall seines Todes gestellt, so löst sich alsdann das Vermögen in seine Bestandtheile auf. Was der Verstorbene aus den Testamenten der Soldaten erworben

---

7) Fr. 15. de vulg. et pup. subst.

8) Fr. 28. de testam. militis.

9) Fr. 5. Fr. 41. pr. de test. milit.

hat, fällt an die Substituten, insoferne diese noch am Leben sind, aber nicht etwa in gleichem Maaße, sondern so, daß jeder Substitut dasjenige erhält, was aus dem Testamente, in welchem er zum Substituten ernannt ist, dem Verstorbenen zugeflossen ist. Das übrige Vermögen fällt den Intestaterben des Verstorbenen zu, oder, wenn er etwa ein Testament gemacht hat, denjenigen, die er in diesem Testament als Erben bezeichnete. Ganz auf ähnliche Weise muß auch die Verlassenschaft des wahnsinnigen Kindes nach der von uns aufgestellten Ansicht in ihre verschiedenen Bestandtheile sich auflösen, wenn die Eltern das Recht der substitutio ausgeübt und namentlich wenn deren mehrere von diesem Rechte Gebrauch gemacht haben. Der vom Vater ernannte substitutus wird den väterlichen Erbantheil des wahnsinnigen Kindes erhalten müssen, während der von der Mutter ernannte nur auf das von der Mutter ererbte Vermögen Anspruch hat, und eben so auch ein im großväterlichen Testamente bestimmter Aftererbe auf das von den Großeltern kommende Erbgut beschränkt bleibt. Alle diese Substitutionen aber schließen dennoch die Intestaterben des wahnsinnigen Kindes nicht aus, und diese erhalten alsdann dasjenige Vermögen, was nicht von denjenigen Eltern, welche eine substitutio gemacht haben, herrührt. — So kann man also sagen, daß die Eltern, indem ihnen die substitutio für wahnsinnige Kinder erlaubt worden ist, nur eines Vorrechts theilhaftig geworden sind, was auch schon den Soldaten, und diesen nur in einem noch weit größeren Umfange, zusteht.

§. 5.

Mit der hier vertheidigten Ansicht stimmt auch nach dem Zeugniß von Voet der neuere Gerichtsgebrauch überein. Voet (Comm. ad Pand. XXVIII. 6. n. 33. in fin.) sagt:

> Moribus sane hodiernis, sive pater sive mater exemplarem fecerit substitutionem, sive ambo simul, nil praeter bona a substituente profecta ad substituen-

tem devolvitur; ita ut rogatus videatur filius furiosus ex fideicommisso paternam maternamve hereditatem substituto restituere, quemadmodum testator quilibet heredem quemlibet, sive furiosum, sive sanae mentis hominem institutum rogare potest, ut hereditatem suam alteri restituat post mortem suam. Neque ultra substitutio exemplaris videtur in usu mansisse. —

Voet selbst glaubt nach wissenschaftlichen Gründen annehmen zu können, daß zwar die substitutio für wahnsinnige Kinder auf das ganze Vermögen derselben gehe: wenn aber mehrere Eltern vorhanden sind, die von dem Recht der substitutio Gebrauch gemacht haben, so läßt er die verschiedenen Substitutionen zuvörderst in Ansehung desjenigen Vermögens gelten, welches von demjenigen Theile herkömmt, der die substitutio gemacht hat, und spricht z. B. dem vom Vater ernannten Erben das väterliche Erbgut, dem von der Mutter ernannten aber das mütterliche Erbgut zu: in Ansehung des übrigen Vermögens aber, was weder von dem einen noch von dem andern Theile herkömmt, giebt er den beiderseitigen Substituten gleiche Rechte. Ganz derselben Meinung ist Lauterbach (Colleg. Pand. XXVIII. b.)

Si uterque et pater et mater substituerint, in paternis bonis praefertur substitutus paternus, in maternis maternus, in communibus aequaliter admittuntur.

Uebrigens ist diese Meinung sehr alt; Sichard (ad C. 9. D. de impub. et al. subst. nro. 8.), der sie ebenfalls annimmt, führt schon den Paulus Castrensis als Gewährsmann an.

VI.

Inwiefern läßt sich für verheimlichte Zuwendungen eine Befreiung von der Collation behaupten?

Von dem

Geheimen Rath Dr. Dabelow, zu Halle, jetzt Professor d. R. zu Dorpat.

Es ist hier blos von solchen Fällen die Rede, wo Kinder etwas von den Eltern erhalten haben, was nicht schon gesetzlich von der Collation befreit ist [1]), sondern die Befreiung nach dem Willen der Eltern allein angenommen, und gerade aus der Verheimlichung der geschehenen Zuwendung geschlossen werden soll. Zur Vermeidung jeder Misdeutung bemerke man, daß ich postulire, 1) eine Handlung der Eltern, die an sich dubiae interpretationis ist; 2) eine direct oder indirect verheimlichte Handlung; 3) eine vor den übrigen Kindern geschehene Verheimlichung. Was die Eltern etwa vor dem Publicum, oder auch gar für die Hausgenossen, zu verheimlichen suchen, gehört überall nicht hierher [2]).

---

1) Denn dabei kann ja nichts darauf ankommen, ob die Eltern heimlich oder öffentlich gehandelt haben, mag übrigens die Zuwendung ex privilegio, wie z. B. beim peculium castrense, oder ex natura negotii, wie z. B. bei der donatio simplex, dem Prälegat u. s. f., von der Collation befreit seyn.

2) Davon abgesehen, daß nicht gern ein Hausvater Fremde in seine Familienangelegenheiten blicken läßt, kann eine solche Ver-

Digitized by Google

Ich glaube eine dreifache Art der verheimlichten Zuwendung annehmen zu können; nämlich:

1) Wo einem Kinde blos, so zu reden, etwas zugesteckt wird.

2) Wo noch oben drein Präcautionen gebraucht werden, daß die andern Kinder davon nichts erfahren mögen.

3) Wenn einem Kinde durch die Dazwischenkunft eines Scheinkaufs etwas unentgeldlich überlassen wird.

Die erstere Art der verheimlichten Zuwendung möchte ich die einfache, die beiden letzteren aber die qualificirte nennen.

Ehe ich weiter gehe, mag der gewiß nicht uninteressante Rechtsfall hier stehen, der vorzugsweise diese Abhandlung veranlaßt hat.

Ein reicher Güterbesitzer, A, hatte drei Kinder, zwei Söhne, B und C, und eine Tochter, D. Letztere war an den Oberforstmeister von W** verheurathet, der in der Nachbarschaft des A ein Landgut besaß. Der Sohn B war in H**schen Dienst, der Sohn C hingegen lebte bei dem Vater.

Als im Jahr 1796 der Oberforstmeister von W** mit Tode abging, und seine Frau als Universalerbin seines Vermögens verlieb, schickte A seiner Tochter 3000 Rthlr. durch seinen Verwalter, um damit ein auf dem Gut stehendes Capital abzutragen, wobei er demselben die höchste Verschwiegenheit gegen seine Söhne zur Pflicht machte. Als im Jahr 1800 die Erndte auf dem Gute der Tochter verhagelte, ließ er gleichfalls durch seinen Verwalter für 1700 Rthlr. Getreide auswärts aufkaufen und heimlich der Tochter zuführen, wobei demselben nicht nur wieder die höchste Verschwiegenheit gegen die Söhne eingeschärft, sondern ihm auch ein Handschlag an Eides Statt abgenommen wurde. Ganz offen borgte er dagegen seiner Tochter im Jahr 1802 die Summe von

---

heimlichung auch oft die Schonung der Kinder selbst zum Zweck haben.

Digitized by Google

3500 Rthlrn. Gold, und ließ sich darüber sogar eine gerichtliche Schuld- und Hypothekenverschreibung ausstellen. Als im Jahr 1804 die Viehseuche auf dem Gute der Tochter eine große Verheerung angerichtet hatte, sandte A derselben zehn Kühe von seinem Gute mit möglichster Oeffentlichkeit, dreißig hingegen ließ er von seinen entfernteren Gütern der Tochter heimlich und zwar zur Nachtzeit zutreiben. Noch kaufte er in der Gegend zehn Kühe, welche die Verkäufer nach erhaltener Instruction auf das Gut der Tochter schaffen mußten. Im Jahr 1805 verkaufte A seiner Tochter ein Vorwerk, welches an ihr Gut gränzte, für 9700 Rthlr. Der Kauf wurde von einem Notar, der ein genauer Freund des A war, aufgenommen, und die Tochter zugleich in dem Kaufcontracte über die Kaufsumme quittirt, obgleich sie nichts bezahlt hatte.

Am 4ten Januar 1810 starb A mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem seine drei Kinder mit völlig gleichem Rechte zu Erben eingesetzt waren. Der ihnen bei Lebzeiten geschehenen Zuwendungen war darin mit keinem Worte gedacht worden, auch wurde unter den Papieren des Verstorbenen nicht der geringste Vermerk darüber gefunden.

Die beiden Brüder forderten nach dem Ableben des Vaters ihre Schwester zum Behuf der Auseinandersetzung auf, eidlich anzugeben, was sie von dem Erblasser erhalten, wobei sie sich zur Beobachtung des Reciproci bereit erklärten. Diese reichte auch eine Specification ein, worin sie aufführte:

1) 10000 Rthlr. Brautschatz und 2000 Rthlr. spätere Vermehrung.
2) Was sie an Hausgeräth, Wäsche u. s. w. mitbekommen.
3) Den Halbschied des ihr von dem Vater zur Abtragung einer hypothekarischen Schuld 1796 übersandten Summe von 3000 Rthlr. indem sie zugleich 1500 Rthlr., als im Jahr 1799 zurückbezahlt, durch väterliche Quittung nachwies.
4) Das Getreide, welches sie im Jahr 1800 von ihrem Vater erhalten.
5) 3500 Rthlr. Gold laut Obligation vom 17ten Febr. 1802.
6) Das Vieh, welches ihr der Verstorbene im Jahr 1804 zuführen lassen.
7) Das ihr von dem Vater 1806 überlassene Vorwerk.

Die Specification gab nun zu weiterer Nachforschung Veranlassung, wobei der oben erzählte Hergang der Dinge ausgemittelt wurde.

Digitized by Google

Die Brüder verlangten die Collation gesammter in der Specification enthaltener Posten: die Schwester dagegen räumte solche nur rücksichtlich der Posten 1, 2 und 5 ein; hinsichtlich der übrigen Posten berief sie sich theils auf den Satz, daß donationes simplices nicht zu conferiren, theils darauf, daß aus der Art und Weise der Zuwendung die Absicht ihres verstorbenen Vaters, sie besonders begünstigen zu wollen, deutlich genug hervorgehe.

In dem über den Collationspunkt hierauf entstandenen Processe sind drei ganz von einander abweichende Erkenntnisse erfolgt. Das erstere befreit die Tochter ganz von der Collation der Posten quaest. aus dem Grunde, weil sich eine Collation überall nur da annehmen lasse, wo der Wille der Eltern zweifelhaft sey, ob sie durch die Zuwendung das Kind besonders begünstigen wollen, hier aber die Absicht des Vaters, daß die Tochter das Empfangene voraus haben solle, bei 7 aus dem Scheinkauf, bei den übrigen Posten aber aus der geschehenen Verheimlichung klar vorliege. Das zweite dagegen verurtheilt sie, gesammte Posten zu conferiren, arg. Nov. 18. c. 2, durch welches Gesetz, mit Aufhebung alles richterlichen Arbitrii, der Wille der Eltern, bei allen, nicht von der Collation ex privilegio oder ex natura negotii befreiten, Gegenständen so lange für zweifelhaft erklärt werde, bis von ihnen die Collation im letzten Willen namentlich und ausdrücklich untersagt worden. Das dritte und letzte Erkenntniß ist ein Schnitterurtheil: die Tochter wird condemnirt, den Posten 6 zu conferiren, weil sich so wenig aus der Zuwendung selbst, als deren Verheimlichung, die Absicht des Vaters, die Tochter besonders zu begünstigen, entnehmen lasse; die Zuwendung 7 wird ihr dagegen zurückzubehalten erlaubt, weil solche als eine versteckte donatio zu betrachten. Und hinsichtlich der Posten 3 und 4 soll sie darum gleichfalls von der Collation befreiet seyn, weil die bei der Zuwendung concurrirende Verheimlichung als stillschweigendes Verbot der Collation zu betrachten wäre. Merkwürdig ist, daß in allen drei Erkenntnissen bei der Post 3 gar nicht berücksichtigt worden, daß der Wille des Vaters durch die Rückzahlung des Halbschieds, welche er sich leisten ließ, von der Dunkelheit und Zweifelhaftigkeit zur Klarheit und Gewißheit überging.

Man wird mit mir einig seyn, daß sich alle drei Urtheile sehr wohl vertheidigen lassen, je nachdem man die Ansichten des einen oder des andern Juristen von der Collation zum Grunde legt. Irre ich nicht, so finden sich auch in der so einfachen Lehre von der Collation solche Schiefheiten, an wel-

chen leider die mehr complicirten Lehren unseres Civilrechts laboriren, und die aus der unseligen Vermischung des Doctrinellen mit dem Legalen entstehen, wozu Justinian durch seine Pandectencompilation den Ton angegeben hat. Ich erinnere hier nur an die Sätze, „daß die mortis causa accepta nicht conferirt zu werden brauchen, und daß, wenn die Eltern ihren Kindern bei ihren Lebzeiten etwas zugewendet, was wegen der zweifelhaften Absicht der Collation unterworfen seyn würde, solche doch nicht eintreten solle, wenn hinterher die Eltern ein Testament gemacht und die Zuwendungen mit Stillschweigen übergangen.“ Einen dieser Sätze hat Justinian in der berüchtigten Novelle 15. ausdrücklich, den andern aber stillschweigend vernichtet. Sondern wir nur in dieser Lehre das eigentliche Legale von dem Doctrinellen ab, und es wird sich das Ganze nicht nur richtig gestalten, sondern auch klar werden, was eigentlich der Vorwurf dieser Abhandlung ist!

Das Princip der neueren Collation (der sogenannten collatio suorum) ist bekanntlich von dem der älteren (collat. emanicipatorum) sehr weit verschieden. Es aufzufinden, muß unser erstes Bestreben, es im Geiste des römischen Gesetzgebers anzuwenden, unser zweites Geschäft seyn. Ich sage „im Geiste des römischen Gesetzgebers.“ Denn der Geist der römischen Juristen ist davon oft sehr verschieden. Zwar weiß ich wohl, daß die Excerpte aus den Schriften der juristischen Classiker in der Pandectencompilation auch für uns Gesetze sind; aber wie, wenn nun die in einem Fragmente befindliche blos juristische Ansicht der in einem andern Fragmente uns aufbewahrten Ansicht des Gesetzgebers widerspricht? Für solche Fälle, und nur für sie allein, nehme ich den oben genannten Unterschied in Anspruch. Ich beschäftige mich hier blos mit den Quellen; die opiniones DD. bleiben überall zur Seite liegen.

Die Institutionen enthalten bekanntlich über die Collation gar nichts. Nach dem Pandectenrecht ist das Fun-

dament der neueren [3]) Collation (von welchem ja allein die Rede ist) die auf die Vermuthung, daß die Eltern gegen ihre gesammten Kinder eine völlig gleiche Liebe und Zuneigung hegen, gegründete Annahme, die Eltern hätten durch die einem Kinde geschehene Zuwendung (directe oder indirecte) einer zu ihrem Vermögen gehörigen Sache, dasselbe hinsichtlich dieses Vermögens nicht besonders begünstigen und die gesetzliche Gleichheit unter den Kindern aufheben wollen. Nichts ist vernünftiger als diese Vermuthung [4]), nichts richtiger als die darauf gegründete Annahme: denn wie oft kommt nicht der Fall vor, daß die Eltern genöthigt sind, einem ihrer Kinder unter die Arme zu greifen. Oft hat ein Kind auch ein besonderes Interesse bei einer zum Vermögen der Eltern gehörigen Sache. Oft können auch die Eltern dabei interessirt seyn, daß eine solche Sache an eins ihrer Kinder besonders falle Endlich kann ja auch die Sache selbst so beschaffen seyn, daß sie nur dem einen oder dem andern Geschlecht anheim fallen kann. Die Fälle, wo so eine Sache aus dem Vermögen der Eltern an eins der Kinder kommt, können sich sowohl unter den Lebendigen als des Todes wegen ereignen, ohne daß sich behaupten ließe, die Eltern hätten die gesetzliche Gleichheit

---

3) Der Uebergang von der älteren Collation zu der neueren ist sehr gut dargestellt worden in Unterholzners histor. doctrinae jur. Roman. de collationibus Altdorff. 1809.

4) Man mögte entgegensetzen, die Vermuthung widerspreche der Erfahrung und verliere eben dadurch an der angeblichen hohen Vernünftigkeit, denn fast immer werde man finden, daß die Eltern ein Kind lieber haben, als die übrigen. Aber die Vermuthung schließt sich hart an die menschliche Natur; die ungleiche Zuneigung ist eine Folge äußerer Verhältnisse und Umstände. Ungereimt würde die Vermuthung gewesen seyn, wenn die Gesetzgeber sie als eine praesumtio juris et de jure hätten hinstellen wollen.

unter den Kindern durch die directe oder indirecte Zuwendung stören wollen.

Von solchen Zuwendungen unter den Lebendigen wollen wir hier nur die dos, das sogenannte subsidium paternum, und die Unterstützung eines Kindes in dessen Wirthschaft nennen. Unter den Zuwendungen des Todes wegen kommen hier besonders diejenigen in Betracht, wo bei der bloßen Vertheilung des Vermögens unter die Kinder die Eltern dem einen Kinde diese, dem andern jene Sache anwiesen, oder im Testamente, bei einer übrigens völlig gleichen Institution ihrer Kinder, verordnen, daß eins ihrer Kinder diese oder jene Sache besonders überkommen soll, oder endlich auch Güter nachlassen, welche wegen ihrer besonderen Eigenschaft nur auf das eine oder das andere Geschlecht ihrer Kinder fallen [5]).

Das Fundament der Collation ist bedingt durch die Zweifelhaftigkeit des Willens der Eltern. Es stürzt daher sogleich zusammen, als sich 1) aus dem Acte der Zuwendung selbst ganz klar die Absicht, das Kind besonders begünstigen zu wollen, veroffenbart, z. B. bei der donatio, dem legatum und fideicommissum; 2) wo aus den den Act der Zuwendung begleitenden, oder ihm vorhergehenden und nachfolgenden, Umständen auf die Ansicht der besonderen Begünstigung eines Kindes vernünftig geschlossen werden mag [6]). Es ist hier, wie allgemein bei der einfachen praesumtio juris, daß solche der praesumtio hominis oder facti weichen muß.

---

5) Z. B. Lehengüter. Man sehe meine Erörterung der Frage: Ob die Söhne bei der Successsion mit den Töchtern im Allodio schuldig sind, die feuda nova zu conferiren. Halle 1790.

6) Wenn ich nicht irre, so bin ich der erste, der beide Fälle genau unterscheidet. Die Folge für die Theorie des Rechts ist einleuchtend.

Digitized by Google

Nach dem Recht der Pandecten ist die Theorie der Collation wirklich etwas so reines und schlüssiges, daß man in der Anwendung fast nirgends anzustoßen fürchten darf. Die Vermuthung zum Grunde gelegt, daß die Eltern keins ihrer Kinder vor dem andern begünstigen wollen, haben wir uns nur in vorkommenden Fällen nach zwei Dingen umzusehen; nämlich: ob nicht der Act der Zuwendung selbst widerspricht, oder hinsichtlich derselben sonst Thatsachen vorkommen, die jene Vermuthung ausschließen. Wir dürfen uns nur nicht durch die juristischen Verschrobenheiten irre machen lassen, die uns hier entgegen kommen. Mit manchen ist es auch wirklich so arg nicht. Wenn z. B. gesagt wird, daß die mortis causa accepta nicht conferirt würden [7]), so sieht man gleich ein; daß der kurzsichtige Jurist die Regel von den Legaten und und Schenkungen des Todes wegen gebildet hat, wobei von keiner Zweifelhaftigkeit des elterlichen Willens die Rede seyn kann, und nicht daran gedacht, daß es hundert andere Fälle geben kann, wo etwas auch des Todes wegen auf die Kinder übergeht, ohne daß die Absicht der Eltern im Klaren ist. Wird z. B. präsumirt, weil die Eltern in ihrem Testamente über die den Kindern bei ihrem Leben geschehenen Zuwendungen geschwiegen, so hätten sie auch die Collation stillschweigend untersagt [8]), so haben wir diese Präsumtion nur als ein Product

---

7) L. 39. §. 1. D. fam. herciſc. L. 16. Cod. eod. Schon in der Note 5. citirten Abhandlung habe ich gezeigt, wie der Satz zu verstehen sey. Man vergl. auch K. Pfizer über die Collation der Descendenten. Stuttgart 1807. §. 181. Noch immer steht auch in den besten Compendien, daß das auf den Todesfall gegebene nicht conferirt zu werden brauche, bei welcher Annahme Nov. 15. gar nicht in einer ihrer Parthien zu erklären seyn würde.

8) L. 4. C. de collat.

Digitized by Google

der juristischen, nicht der gesetzgeberischen Kurzsichtigkeit [9]) zu betrachten u. s. f.

Im Codex rep. prael. finden wir die Justinianeische Ungereimtheit [10]), daß aus bloßer Billigkeit und um die Gleichheit unter den Kindern zu erhalten, sogar die Collation der donatio simplex dem einen Kinde auferlegt wird, wenn das andere dotem oder donationem propter nuptias zu conferiren hat. Dabei wird freilich der Wille der Eltern respectirt, aber nur der ausdrücklich erklärte. — Was heißt das? Nichts anders als dies: „es soll zwar bei den bisher angenommenen Grundsätzen der Collation bleiben, wenn blos ein Kind etwas von den Eltern bekommen hat, oder zwar auch das andere, keins aber zur Collation verbunden ist, deswegen weil die Absicht der Eltern für unbezweifelt angenommen werden muß. Haben aber beide etwas so erhalten, daß das eine wegen Zweideutigkeit des elterlichen Willens zur Collation verbunden wäre, das andere wegen Gewißheit nicht, so sollen mit Hintenansetzung der bisher über die Collation gegoltenen Grundsätze beide gegenseitig zur Collation verpflichtet seyn, damit keine Ungleichheit entstehe, es sey denn, daß namentlich und ausdrücklich das Verbot der Collation noch hinzugefügt worden."

Also donatio simplex und jede andere Zuwendung, bei welcher entweder aus dem Acte selbst, oder aus den denselben begleitenden oder ihm vorausgehenden und nachfolgenden Umständen, die Absicht der Eltern, das Kind besonders begünstigen zu wollen, nach dem Pandectenrecht als unbezweifelt erscheint, sollen für einen solchen Fall doch conferirt werden. Und warum? Blos der Billigkeit wegen, und weil eine Ungleichheit entstehen

---

9) Man dürfte indeß doch auch sich geneigt finden, den letzten Satz eben so gut der gesetzgeberischen als der juristischen Kurzsichtigkeit beizulegen.

10) L. 20. Cod. de collatione.

Digitized by Google

würde, wenn das eine Kind conferiren sollte, das andere aber nicht; es sey denn, was der Gesetzgeber doch respectiren zu müssen glaubte, daß die Eltern sich noch besonders und ausdrücklich für die Ungleichheit erklärt hätten.

Darüber könnte für den Fall, daß Justinians Verfügung zur Anwendung käme, noch ein Bedenken entstehen, „ob die Collation für das Ganze, oder nur für die concurrirende Summe anzunehmen.“ Wir wollen A und B als Kinder und Erben des C setzen. A hat als väterliche Anhülfe 500 Rthlr., C hingegen an wirklichen Schenkungen und andern eigentlich nicht der Collation unterworfenen Zuwendungen über 1000 Rthlr. erhalten. Conferirt jetzt, wo A 500 Rthlr. conferirt, B auch nur 500 Rthlr. oder das Ganze? Ich glaube nur 500 Rthlr. Denn es kommt nach Justinians Erklärung blos darauf an, ne ex eo inaequalitas oriatur, wenn A allein conferiren sollte.

Die Novelle 15. entscheidet über zwei dubietates veterum; über die eine implicite, über die andere aber explicite. Die eine, worüber explicite entschieden wird, hätte eigentlich wohl gar nicht als dubietas mehr aufgeführt werden sollen, weil die Imperatoren sich schon früher in ihren Rescripten darüber bestimmt erklärt hatten; indeß hatte noch keine förmliche Constitution darüber entschieden, und so war die Sache in Justinians Augen noch immer eine dubietas.

Implicite wird in den Worten „et relicta defendere“ darüber entschieden, „daß bei Zuwendungen des Todes wegen eben so gut, als bei Zuwendungen unter den Lebendigen, die Collation eintreten soll,“ was ehedem zwar unbestritten gewesen, wegen des dazwischen getretenen juristischen Lehrsatzes: „mortis causa accepta non conferri“ aber zweifelhaft geworden war; versteht sich unter eben den Bedingungen und Voraussetzungen, unter welchen die Collation bei Zuwendungen unter den Lebendigen eintritt.

Explicite wird über die Frage entschieden, „ob, wenn die Eltern im Testamente der Zuwendungen nicht besonders ge-

dacht, und sich darüber erklärt, aus diesem Schweigen ein Verbot der Collation zu folgern sey." Der Imperator erklärt sich unbedingt für die Zulässigkeit der Collation, es sey denn, daß die Eltern namentlich und ausdrücklich die Collation verboten, weil es ja möglich, daß sie bei der Todesfurcht die geschehenen Zuwendungen vergessen. Im Testamente könnten ja auch selbst (was versteckt angedeutet wird) Zuwendungen vorkommen, die eben so gut als die Zuwendungen unter den Lebendigen der Collation unterworfen sind.

Man kann sagen, durch die Nov. 15 sey die Collation wieder in ihre ursprüngliche Reinheit restituirt worden, nur komme es bei Beurtheilung der Frage: ob zu conferiren oder nicht? allein darauf an: ob nach vernünftigen Schlüssen die Absicht der Eltern, das Kind besonders durch die Zuwendung zu begünstigen, für zweifelhaft oder für gewiß anzunehmen.

Nach diesen Prämissen komme ich nun zu der Frage selbst, welche Gegenstand dieser Abhandlung ist.

Aus der Verheimlichung einer Zuwendung überhaupt läßt sich noch keinesweges die Absicht der Eltern, ein Kind besonders begünstigen zu wollen, schließen; es kommt hier gar viel auf die Art der verheimlichten Zuwendung und auf die Nebenumstände an. Ich habe oben die verheimlichte Zuwendung in die einfache und qualificirte eingetheilt. Die einfache durfte in ihrer Totalität nicht zu dem Schlusse berechtigen, daß die Eltern das Kind besonders begünstigen wollen. Die Eltern können zu der Verheimlichung einen doppelten Grund gehabt haben; einmal den, es vor dem Publicum zu verbergen, daß sich eins ihrer Kinder in Verlegenheit befand; zweitens, den Neid unter den Kindern zu verhüten, der sich so leicht findet, sobald ein Kind nur mehr bekommt, als das andere, indem die Kinder nicht überlegen, wer von ihnen der elterlichen Unterstützung für die Zeit am nothwendigsten bedarf.

Bedenklicher ist allerdings die Sache bei der quali-

Digitized by Google

ficirten Verheimlichung. Wo die lucrative Zuwendung in einen onerosen Titel eingekleidet wird, dürfte vernünftiger Weise die Absicht der Eltern, das Kind besonders begünstigen zu wollen, als gewiß anzunehmen seyn. Wozu sonst, dürfte man fragen, dieser Versteck? Aber es giebt auch noch einen andern Grund, der hier völlig entscheidet. Indem die Eltern so handeln, bildet sich ja der Begriff der donatio: es ist also ein Act vorhanden, aus welchem schon unmittelbar die Befreiung von der Collation darum folgt, weil durch den Act sich die Gewißheit des Willens der Eltern ausspricht [11]). Aber wie nun bei der andern Art der qualificirten Verheimlichung, nämlich, wo noch besondere Präcautionen gebraucht worden sind, daß die übrigen Kinder nichts davon erfahren mögen? Ich unterscheide, ob diese Präcautionen nur so genommen worden sind, daß die übrigen Kinder für die Zeit nichts von der geschehenen Zuwendung erfahren sollen, oder so, daß sie für sie auf ewig ein Geheimniß bleiben soll. Im ersten Fall, glaube ich, muß die qualificirte Verheimlichung ganz nach den Grundsätzen der einfachen beurtheilt werden. Denn aus der genommenen Präcaution läßt sich wirklich nicht mehr schließen, als aus dem bloßen Zustecken. Die Präcaution ist ja im Grunde weiter nichts, als eine noch größere Verheimlichung, und die auf keinen andern Zweck hindeutet, als welchen das Zustecken schon hatte. Die schon vorhandene Verheimlichung wird nur noch mehr dadurch beschränkt. — Das ist es aber auch alles. Aber im letzten Fall läßt sich die qualificirte Verheimlichung nicht anders erklären, als daß es die Absicht der Eltern war, das Kind durch die Zuwendung

---

11) Alle versteckte Donationen müssen Befreiung von der Collation zur Folge haben, weil sich die Absicht der Eltern deutlich darin ausspricht. Donatio und praelegatum werden als die Acte in den Gesetzen bezeichnet, durch welche die Eltern einem ihrer Kinder ganz gewiß etwas zuwenden wollen.

besonders zu begünstigen. Sollten die übrigen Kinder von der geschehenen Zuwendung nie etwas erfahren, so konnten sie auch bei der dereinstigen Erbfolge keine Collation des zugewendeten verlangen, so war es eben so gut, als wenn die Eltern die Collation namentlich und ausdrücklich verboten. Vorläufig läßt sich hier wohl nicht anders schließen.

Aber wie, wenn nun bei der zuletzt gedachten Art der qualificirten Zuwendung die Handlungen der Eltern mit sich selbst im Widerspruch stehen? Einen solchen Widerspruch denke ich mir vorzugsweise auf eine doppelte Art. Erster Fall: die Eltern wenden einem Kinde etwas heimlich aus ihrem Vermögen zu, und schärfen den Mittelspersonen, deren sie sich dabei bedienen, auf's schärfste ein, nie davon Kunde i en übrigen Kindern zukommen zu lassen; aber sie können hernach das Geheimniß selbst nicht bei sich behalten, sondern machen entweder Fremde damit bekannt, ohne ihnen entweder gleichfalls Stillschweigen aufzuerlegen, oder mit Auferlegung desselben, oder sogar die Kinder selbst. — Zweiter Fall: die Eltern fordern oder nehmen von dem Kinde zurück, was sie ihm gegeben hatten.

Für den letzteren Fall fällt alle Frage über die Collation von selbst dahin, wenn die Zurückforderung oder Zurücknahme ganz geschehen ist. Aber auch, wenn sie theilweise geschah, kann es nicht zweifelhaft bleiben, daß auch der Rest conferirt werden müsse, weil aus der Zurückforderung oder Zurücknahme entweder eine veränderte Gesinnung der Eltern nothwendig geschlossen oder wenigstens angenommen werden muß, ihre Absicht sey von Anfang an eine andere gewesen, als die Handlung selbst sie ausspricht. Es könnte denn bewiesen werden, daß Verlegenheit oder gar Noth sie zur Zurückforderung oder Zurücknahme bestimmt hätte [12]). Für

12) Es ist wohl keine Frage, daß in einem solchen Fall das Gezahlte bei der Erbfolge aus der Erbmasse zurückgefordert werden kann.

Digitized by Google

den ersten Fall würde ich das Kind gleichfalls zur Collation verbinden, jedoch nicht durchgängig, sondern nach folgenden näheren Bestimungen. Haben 1) die Eltern späterhin den übrigen Kindern die geschehene Zuwendung selbst entdeckt, so ist klar, daß sie durch die früher getroffene Präcaution nichts weiter bezwecken wollen, als nur für die Zeit den möglichen Neid derselben zu verhüten. Eben das würde anzunehmen seyn, wenn 2) die Eltern Fremden das Geheimniß offenbart hätten, ohne sie zum Schweigen zu verpflichten. Haben aber 3) die Eltern Fremde mit dem Geheimniß, jedoch unter Auferlegung des tiefsten Schweigens, bekannt gemacht, so würde ich immer für die Befreiung von der Collation stimmen. Es giebt einfältige Menschen in Menge, die kein Geheimniß für sich behalten können, sondern es jedem mittheilen müssen, sogar dem, der es nicht wissen mag, ohne daß daraus etwas weiteres als ihre Einfalt geschlossen werden kann. Sie denken, wenn sie nur die Bedingniß des Schweigens hinzugefügt haben, so ist das Geheimniß für alle sicher, denen sie es nicht besonders mitgetheilt haben. Hier kommt es ja nur allein darauf an, daß es die übrigen Kinder nicht von ihnen selbst erfahren, oder sie doch die Sache nicht auf eine Weise bekannt machen, daß es ihnen gleichgültig erscheint, ob die übrigen Kinder etwas davon erfahren oder nicht.

Die vorstehende Theorie und den oben gedachten Fall angewendet, ist es klar 1) daß die Post nr. 7. überall nicht conferirt zu werden braucht, weil theils die Umstände, theils der Act selbst die Absicht des Vaters, die Tochter besonders begünstigen zu wollen, ganz außer Zweifel setzen. Es ist klar eine versteckte Donation; solche versteckte Donationen stehen aber den offenbaren ganz gleich. Dagegen dürfte 2) die Verbindlichkeit, die Post 2 zu conferriren, um so unbedenklicher anzunehmen seyn, als sich aus der Entgegennahme der von der Tochter abschläglich bezahlten Summe deutlich genug ergiebt, daß die Absicht des Vaters überall auf nichts

Digitized by Google

weiter gerichtet war, als durch einen unentgeldlichen Geldvorschuß die Tochter zu unterstützen. Die zur Verheimlichung dieser Unterstützung getroffenen Maasregeln lassen sich, bewandten Umständen nach, nicht anders als dahin erklären, daß die Söhne nur nichts von dem unentgeldlichen Geldvorschusse wissen und dadurch zum Neide bestimmt werden sollten. Aber es läßt sich nicht leugnen, daß die Handlungsweise des Vaters die Frage über die Collation bei den Posten 4 und 6 um desto bedenklicher macht.

Wegen des Postens 6 würde ich die Schuldigkeit der Tochter, zu conferiren, um so eher annehmen, als die Verheimlichung nur eine einfache ist. Ich rede hier blos von dem Vieh, welches heimlich auf das Gut der Tochter geschafft wurde: für das, was ihr öffentlich verabreicht wurde, ist die Collationsverbindlichkeit so unbezweifelt. Aber bei dem Posten 4 kommt eine qualificirte Verheimlichung vor, die nach der oben aufgestellten Theorie unstreitig von der Collation befreien würde, wenn nicht der Umstand dazwischen käme, daß die Verheimlichung hier mit einer andern Verheimlichung in Verbindung steht, welche durch eine spätere väterliche Handlung eine entgegengesetzte Deutung erhielt.

Der Vater hatte nämlich, wie oben bemerkt worden, seinem Verwalter nicht nur bei der Zuwendung der Post nr. 3 eingeschärft, die Sache für die Söhne auf ewig zu verheimlichen, sondern auch diese Einschärfung bei der Zuwendung der Post 4 wiederholt, und ihn über beide Posten den Handschlag leisten lassen. Beide Posten würden daher unbezweifelt von der Collation zu befreien seyn, wenn der Vater nicht selbst in Ansehung der Post nr. 3 durch Entgegennahme der abschlägtichen Zahlung erklärt hätte, daß es gar nicht seine Absicht war die Tochter durch das gegebene Capital vor den Söhnen zu begünstigen, sondern sie nur aus der Verlegenheit zu helfen, und durch unentgeldliche Anleihe zu unterstützen, daher auch, wenn sie die noch rückständigen 1500 Rthlr. conferirt, von Zinsen nicht die Rede seyn kann. Er, der Vater, war

ja, weder durch Verlegenheit, noch gar durch Noth, zu der Zurücknahme bestimmt worden. Nun aber fragt es sich: Muß die Handlungsweise des Vaters nicht auch auf die Post. 4 ausgedehnt und angenommen werden, daß er bei dieser Zuwendung auch weiter keine Absicht, als die, hatte, die Tochter aus der Verlegenheit zu helfen? Fast möchte ich die Frage bejahen. Zwar besteht hier jede Zuwendung für sich, und dürfte die Beurtheilung einer jeden nach eigenthümlichen Grundsätzen um so mehr anzunehmen seyn, als zwischen beiden ein Zeitraum von vier Jahren in der Mitte liegt. Allein wenn hinsichtlich der Verheimlichung der Vater beide Zuwendungen in Verbindung setzte, und bei der einen durch spätere Handlung erklärte, daß es mit der Verheimlichung überall nicht so gemeint sey, als es damit nach den gewöhnlichen Grundsätzen der Erklärung genommen werden muß, so hob er zugleich für seine Individualität diese Grundsätze auf, und bezeichnete den Maaßstab, nach welchem seine verheimlichten Zuwendungen sowohl überhaupt, als die, welche mit der, worüber er sich durch seine Handlungsweise selbst erklärte, unter einer Categorie stehen, beurtheilt werden müssen.

Dem allen zu Folge würde ich in dem oben erwähnten Rechtsfalle die Tochter zwar von der Collation des Postens nr. 7 freigesprochen, hinsichtlich aller übrigen in Frage stehenden Posten aber unbedenklich zur Collation verurtheilt haben.

Digitized by Google

VII.

Noch einige Bemerkungen zu L. 3. §. 7. ff. de adim. leg. (34. 4.) *) und L. 10. pr. ff. de reb. dub. (34. 5.) **.

Von dem
Obertribunalrath H. J. Klüpfel zu Stuttgart.

Ueber diese praktisch wichtigen Fragmente enthält die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft [1]) und das Archiv für civilistische Praxis [2]) drei verschiedene Aufsätze. Der Verfasser des einen Aufsatzes emendirt die Schlußworte der L. 10. nach dem Florentinischen Manuscripte:

*) Ulpianus L. 24. ad Sabinum. Si duobus Titiis separatim legaverit et uni ademerit, nec appareat, cui ademptum sit, utrique legatum debetur: quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum.

**) Ulpianus L. 6. Disputationum. Si fuerit legatum relictum ex cognatis meis, qui primus Capitolium ascenderit: si simul duo venisse dicantur, nec appareat, quis prior venerit, an impedietur legatum? vel ei, qui monumentum fecerit, et plures fecerint: vel ei, qui maximus natus est, et duo pares aetate sint: sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum, et duo sint aequa caritate conjuncti: sed et si duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum, puta Sempronii, mox Sempronio ademptum sit: nec appareat, cui ademptum sit: utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademptio nulla est, quaeri potest. Item si ex pluribus servis ejusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est. Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri; ademptionem autem in utrumque valere.

1) 1. Thl. 1. Hft. nr. 6.

2) 1. B. 3. Hft. nr. 33 u. 34.

Digitized by Google

„ademptionem autem in utrumque valere," in die Worte: „in ademptione autem utrumque valere." Die der beiden andern hingegen verwerfen die Lesart der L. 3. §. 7. nach demselben Manuscripte und setzen im Vertrauen auf eine abweichende Lesart einiger Pandectenausgaben: „neutri legatum debetur" statt: „utrique legatum debetur."

So einleuchtend auch die drei Verfasser ihre individuellen Ansichten zu vertheidigen wußten, so schwer dürfte es jedoch wohl Manchem werden, die eine oder die andere mit ihnen zu theilen. Niemand vermag mehr nachzuweisen, daß der §. 7. unserer L. 3. eine Note von Ulpian und nicht vielmehr Text von Sabin sey. Allerdings fand nun zwar — vorausgesetzt einstweilen, daß sie wirklich Text des Sabin sey — über die Frage: „Ob, wenn der Testator dem einen von zwei Legatarien gleichen Namens das Legat wieder genommen habe, ohne daß erhelle, welchem von ihnen, Jeder oder Keiner es anzusprechen befugt sey?" ein Dissens unter den Rechtsgelehrten Statt. Aber eben diese Controverse entschied die L. 10 dahin: „Daß in dem gegebenen Falle das Legat Keinem gebühre." Wie sollte es daher einer Vereinigung unserer beiden Gesetze durch Hülfe einer Emendation erst noch weiter bedürfen! Von einer Antinomie kann doch wohl da nicht die Rede seyn, wo zwei verschiedene Gesetze zwar nicht nur von verschiedenen Principien ausgehen, sondern auch auf verschiedene Resultate leiten, wo aber in dem einen zugleich angegeben ist, welche als die richtigen zu betrachten seyen! Daß die beiden Fragmente wirklich auch nur in einem Wechselverhältnisse dieser Art stehen, dafür zeugen folgende besondere, theils innere, theils äußere Merkmale: 1) Die L. 3. ist aus dem 24. Buche des Masurius Sabinus geschöpft. Bekanntlich war aber Sabin ein Schüler des Capito und Stifter der Sabinianischen Schule, die in ihren Lehrsätzen stets mehr der natürlichen Billigkeit, als dem strengeren Rechte und dem Wortklange nachgieng. Schon daraus wäre es also nicht unerklärbar, wenn sich Sabin nach dem §. 7. unserer L. 3. zu einem von den Lehrsätzen der Schule der Proculejaner [3]) abweichenden Lehrsatze bekannte: „als hätten in dem angegebenen Falle um deswillen Beide das Legat anzusprechen, weil ein zweifelhaftes Nehmen das gewisse Geben nicht aufhebe, vielmehr für nicht geschehen zu achten sey."

---

3) Eckard hermen. I. L. 1. C. 4. §. 160. p. 310. „Ulpianus Proculi castra est secutus." s. auch Eb. Otto Papinianus C. 11. §. 9. p. 355. „Ulpianus Proculejanis magis accessit."

2) Eben so hat unsere L. 10. das 6te Buch der Disputationen Ulpians zu ihrer Quelle. Da so manche wichtige Rechtsfragen unter den Rechtsgelehrten bestritten waren, so hielten sie besondere Zusammenkünfte, um sich nach einer gemeinschaftlichen Berathschlagung über gewisse feste Rechtsprincipien zu vereinigen [4]). Die Resultate dieser Berathschlagungen trugen dann einzelne Rechtsgelehrte in den Werken vor, die sie Disputationes betitelten. Nicht nur Ulpian, sondern auch namentlich Velluletus Saturninus und Claudius Trypboninus schrieben — wie uns der Florentinische Index versichert — solche libros disputationum und wir haben also damit einen zweiten erhöhten Wahrscheinlichkeitsgrund für die Behauptung, daß in unsern Fragmenten in keinem Falle eine Antinomie, sondern nur eine früher Statt gehabte Verschiedenheit der Meinungen zu finden sey, — eine Behauptung — die sich

3) noch dadurch bestätigt, daß die Compilatoren der Pandecten das Fragment Ulpians nach L. 10. in dem Titel de reb. dubiis aufnahmen, der ebenfalls besonders dazu bestimmt war, über gewisse controverse Meinungen — Antiquitäten — gesetzliche Bestimmungen zu geben, und daß 4) die L. 10. vergleichungsweise — comparative — sagt: „verius est, ademptionem in utrumque valere.“

Was nun aber die obige Hauptfrage betrifft: ob und wiefern der §. 7. unserer L. 3. Note Ulpians oder Text von Sabin sey? so wissen wir allgemein, daß unsere Classiker, wenn sie z. B. über das Edict oder die Werke früherer Rechtslehrer commentirten, stets auch den Text in ihre Arbeit aufnahmen [5]). Schwierig ist es nun zwar nur allzuoft, Text und Note gehörig zu unterscheiden, da die Manuscripte, in welche die unwissenden Hände der Abschreiber alles promiscue niedergeschrieben haben, überall keine Unterscheidungsmerkmale darbieten. Gleichwohl hat eine solche Sonderung schon so manche Sätze — namentlich aus der Zahl der Pandectenfrag-

---

4) L. 19. d. lib. 8. post. 28. 2. Scaevola respondit: non videtur; et in disputando adjiciebat, ideo non valere, quoniam etc. L. 17. ff. d. jur. patr. (37. 14.) Sed cum ipso Maeciano et aliis amicis nostris juris peritis plenius tractaremus, magis visum est etc. L. 2. §. 2. ff. d. orig. jur. (1. 3.) L. 11. C. 5. quaest. (9. 11.).

5) S. Glück Pand. Comm. 1. B. 1. Tit. §. 35. S. 237. u. die dor bemerkten Schriftsteller, auch Sammet Hermeneutik des Rechts §. 25. S. 52. u. Best ratio emendandi leges. C. 8. pag. 94.

Digitized by Google

mente Ulpians ad Sabinum — ins Klare gestellt [6]), und sie dürfte wohl auch in dem vorliegenden Falle so schwierig nicht seyn. Offenbar gehören nämlich die Worte nach L. 3. §. 7. „Si duobus Titiis separatim legaverit et uni ademerit, nec apparcat, cui ademptum sit, utrique legatum debetur" dem Sabin an. Nun aber corrigirt ihn Ulpian ganz in Uebereinstimmung mit L. 10. mittelst einer, in der einfachen Form einer Parallele niedergeschriebenen, kurzen Note, indem er den weitern Satz anhängt [7]): „Quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum."

Das heißt mit andern Worten so viel: „Nein! Wir waren vielmehr in unsern gemeinschaftlichen Berathschlagungen — Disputationibus — der Meinung: Keiner hat ein Legat anzusprechen; denn bei der Ademptio verhält es sich wie bei der Datio. Ist aber nicht klar, welchem von Beiden das Legat gegeben ist, so ist es ebenfalls Keinem von Beiden gegeben [8]).

Nur diese Interpretationsart stellt, ohne sich gegen das Fragment selbst eine Gewalt zu erlauben, eine Gleichheit in Absicht auf Ursache und Wirkung nach den beiden angenommenen Fällen — tertium comparationis — her; denn so wie bei dem zweifelhaften Geben, erhält auch bei dem zweifelhaften Nehmen Keiner von Beiden das Legat. Und forscht man nach dem muthmaßlichen Grunde [9]), worauf wohl die abweichende Meinung Ulpians und anderer Rechtsgelehrten beruht habe, so mag ihre Argumentation — sey sie nun richtig oder nicht [10]) — etwa diese gewesen seyn: „Ueber die Existenz eines Legats entscheidet nur die absolute Gewißheit des Willens eines Testators: die Frage über diesen Willen löst sich aber in die beiden untergeordneten Fragen auf, nicht nur ob Einem ein Legat gegeben, sondern auch, ob es ihm in der Folge nicht

---

6) s. z. B. Best ratio emendandi leges. Cap. 8. u. 9. pag. 94 – 122.

7) Daß nicht opinio notata, sondern notans die gültige ist, bedarf keiner Bemerkung.

8) Text und Note auf diese Art zu unterscheiden, dazu berechtigt die L. 10. ff. de reb. dub. allein schon vollkommen.

9) L. 20. u. 21. d. leg (1. 3.) „cum non omnium quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest" etc. —

10) Nicht selten nahmen bekanntlich die römischen Rechtsgelehrten zu Scheingründen und Fictionen ihre Zuflucht. Thibaut Theorie der Auslegung des römischen Rechts. §. 24. S. 148. Schulting Jurispr. antejust. p. 590.

Digitized by Google

wieder entzogen worden sey? Ist es mithin zweifelhaft, welchem von zwei gleichen Namens ein Legat wieder entzogen worden sey, so bleibt es immer zugleich auch zweifelhaft, welchem von ihnen Eines gegeben sey."

Wenn übrigens, was allerdings der Fall ist [11]), einige Pandectenausgaben in unserer L. 3. §. 7. das Wörtchen „utrique" mit „neutri" vertauschen, so wird hierin nun auch Jeder von selbst mehr nicht, als ein zwar gutgemeintes, aber regelloses, Bestreben irgend eines der Glossatoren oder Editoren erkennen, solche Fragmente, die ihnen widersprechend schienen, in Uebereinstimmung zu bringen.

Und somit wäre wohl das Problem, unsere beide Fragmente in Harmonie zu stellen, gelöst, die L. 3. §. 7. ff. d. adim. leg. aber also zu setzen:

a) Sabins Text: „Si duobus Titiis separatim legaverit et uni ademerit, nec appareat, cui ademptum sit, utrique legatum debetur."

b) Ulpians dissentirende Note zu diesem Text: „Quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum."

VIII.

Ueber die Beweiskraft archivalischer Urkunden [1]).

Von

Dr. Spangenberg, Hof- und Canzleirath zu Celle

Bekanntlich wird der Ausdruck Archivrecht (jus archivi) bald im activen, bald im passiven Sinne genommen. Im erstern

---

11) s. die Ausgaben von Hugo a Porta, Charondas u. Gothofred zu L. 3. §. 7. u. L. 10. pr.

1) Eine Sammlung kleiner Schriften über Archive enthält: Jac. Wencker collecta archivi et cancellariae jura. Argentor. 1715. 4. nämlich Bonifacius, Neveu de Windtschlee, Fritsch, Mabillon und Mutz de archivis et jure archivi; endlich Schilter de probatione per archivum. Außerdem s. Westphal Archivrecht und Glaubwürdigkeit der im Archive befindlichen Urkunden, in seinem teutschen Staatsrecht. Abh. IX. J. C. C. Schröter von den

wird dadurch das Recht, ein Archiv anzulegen, im letztern, das Vorzugsrecht, welches den im Archiv aufbewahrten Urkunden in Ansehung ihrer Beweiskraft beigelegt wird, bezeichnet.

Ueber den Umfang des Archivrechts im erstern Sinne hat man ehedem viel gestritten, und über die Bedingungen und Wirkungen desselben im letztern Sinne, ist man gegenwärtig noch so wenig einig, daß eine Revision der verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten, so wie ein Versuch, dieselben auf feste Grundsätze zurückzuführen, wohl nicht ganz überflüssig seyn möchte, wenigstens durch das hohe practische Interesse, welches dieses Recht in so manchem Betracht hat, einige Entschuldigung zu verdienen scheint.

I. Recht ein Archiv anzulegen.

In den neuern Zeiten hat man die Frage, wer das Recht habe, ein Archiv anzulegen? gar vielfach besprochen, und es hat viele Rechtslehrer gegeben, welche solches nur dem Kaiser und den Reichsständen, folglich nur wirklichen Landesherren haben zugestehen wollen; nicht aber andern moralischen Personen, ausgenommen in dem einzelnen Falle, wenn denselben dieses Recht ausdrücklich von dem Landesherrn verliehen worden sey. Der Grund ihrer Behauptung lag aber darin, daß sie das gedachte Recht als einen Ausfluß der Landeshoheit ansahen. Je nachdem nun ihre Grundsätze über den Begriff der Landeshoheit und deren Ausflüsse strenger oder laxer waren, ließen die gedachten Rechtslehrer bald diese, bald jene moralische Personen zu dem Besitze des Archivrechts zu; und so erklärt es sich denn, warum sie bei Aufzählung der moralischen Personen, welche das Archivrecht besäßen, keineswegs

---

Archivurkunden und Copieen, in seinen vermischten juristischen Abhandlungen, Bd. II. S. 192—200. Ferner: Lynker de archivo imperii, und Leyser medit. ad Pand. sp. 266. (de archivo) — Alle weichen in einzelnen Puncten wunderbar von einander ab. Folgende Schriften habe ich nicht benutzen können: Beblen de probatione per documenta archivalia. Mogunt. 1760. 4. Rudloff de archivorum publ. orig. et autoritate. Lips. 1747. 4. Radov. de archivis. 1681. 4. Barissonius de archivis. Venet. 1737. f. Chladenius doctrinae de archivis capita quaed. controversa. Witteb. 1756. 4. Kosselius de archivis. Harderov. 1777. 4. Layritz de auctorit. diplomatum ex archivo desumtor. Altorf. 1796. — Statt der in dem Archive H. I. S. 12. versprochenen gerichtlichen Diplomatik, muß ich diese kleine Abhandlung aus derselben ziehen, da das Ganze die Gränzen dieser Zeitschrift bei weitem übersteigen würde.

Digitized by Google

übereinstimmen, und warum einige Rechtslehrer es den Municipalstädten, Landständen, Universitäten, Patrimonialgerichten, Klöstern, Schöppenstühlen u. s. w. zusprechen, wogegen andere es einigen dieser moralischen Personen absprechen und nicht einräumen wollen.

Seitdem jedoch der Begriff und der Umfang der Landeshoheit, und die Ausdehnung der in denselben liegenden Vorrechte, durch die Bemühungen der Staatsrechtslehrer, seit Moser und anderen gereinigt und näher bestimmt worden ist; haben alle diese Controversen, da sie die historische Prüfung nicht aushielten, ihren Werth verloren. Und es kann jetzt wohl nicht dem geringsten Zweifel unterworfen seyn, daß das Recht, ein Archiv zu haben, kein ausschließendes Recht der Landeshoheit, und noch weniger ein Ausfluß derselben sey [2]). Vielmehr ist die Anlegung eines Archivs lediglich als eine Sache der freien Willkühr zu betrachten, indem nicht nur eine jede moralische Person, übe sie im Namen des Landesherrn oder in eigenem Namen Rechte aus, welche durch urkundliche Beweise geschützt werden sollen, sondern auch einzelne Familien, behuf Aufbewahrung dieser urkundlichen Beweise ein Archiv anlegen können.

Desbalb unterscheidet man ganz richtig öffentliche Archive, und Privatarchive, je nachdem dieselben von solchen moralischen Personen, welche als eine öffentliche Behörde zu betrachten sind, oder von solchen, die als öffentliche Behörde nicht anerkannt sind, oder von einzelnen Familien, angelegt sind und erhalten werden. Zu den erstern würden allerdings Städte, Landstände, Universitäten, Gerichte, Schöppenstühle, Klöster u. s. w. gerechnet werden müssen; zu den letztern die Corporationen der Handwerker, adliche und unadliche Familien u. s. w.

II. Vorzugsrecht der Archivurkunden.

a) Grund und Erforderniſſe deſſelben.

Aber nicht jedes dieser Archive kann den darin aufbewahrten Urkunden ein Vorzugsrecht beim Beweisverfahren geben;

---

2) Vergl. außer den in der Wenckerschen Sammlung enthaltenen Schriften de jure archivi, Leyser sp. 266. u. 683. Schröter vermischte Abhandl. Th. II. S. 192. Moser von der Landeshoheit in Regierungssachen. Cap. V. §. 5. Westphal teutsches und reichsständisches Staatsrecht. Thl. 1. Abh. 11. Leist teutsch. Staatsrecht. §. 121. u. a. m.

und gerade die nicht gehörige Beachtung des Unterschieds zwischen öffentlichen und Privatarchiven hat die Mißverständnisse und Widersprüche, deren sich einige Rechtslehrer bei Bearbeitung dieser Materie haben zu Schulden kommen lassen, veranlaßt [3]).

Um nämlich den Archivurkunden ein solches Vorzugsrecht zu geben, ist es wesentlich erforderlich, daß das Archiv einen öffentlichen Glauben (fidem publicam) habe und haben könne.

Und um einen solchen öffentlichen Glauben zu begründen, ist es ebenfalls wesentlich nothwendig, nicht nur, daß die moralische Person, welche es besitzt, von dem Staate als eine öffentliche Behörde anerkannt sey, sondern auch, daß sie Maaßregeln getroffen habe, um dem Archive diesen Glauben zu erhalten.

Also erstlich, muß diese moralische Person selbst vom Staate als öffentliche Behörde anerkannt seyn. Dieses kann entweder ausdrücklich, z. B. durch Constituirung derselben, als solche, geschehen, oder stillschweigend dadurch, daß der Staat selbst die Behörde stets als solche betrachtet, und dem Zwecke derselben, sey er auf das öffentliche oder Privatwohl gerichtet, nichts in den Weg gelegt hat. Das ist aber dagegen nicht nothwendig, daß diese Behörde im Namen des Staates Befugnisse ausübt; sondern sie kann auch in eigenem Namen dergleichen ausüben, wenn nur der Staat diese anerkennt, und sie sich gleichsam stillschweigend zu eigen macht. Archive der Patrimonialgerichte, Schöppenstühle u. s. w. sind also an und für sich als öffentliche zu betrachten, wenn dieselben auch gleich nicht im Namen des Landesherrn Recht sprechen, und dergleichen mehr. Ein gleiches ist von den Archiven der Klöster, Kirchen u. s. w. zu behaupten, wenigstens an und für sich, ohne Rücksicht auf das zweite, unten zu erörternde Erforderniß.

Laden der Gilden, Familienarchive und dergleichen sind dagegen nie öffentliche Archive, und selbst das Familienarchiv des Landesherrn ist nur Privatarchiv, wogegen das wirkliche Landesarchiv, insofern es dergleichen Familiensachen nicht enthält, als ein öffentliches Archiv anzusehen ist.

Auf diesen Umstand also, daß das Archiv von einer Behörde, die eine öffentliche ist, oder als eine solche vom Staate anerkannt wird, angelegt und besessen seyn muß, muß gewiß ein ganz vorzügliches Gewicht gelegt werden, um den in demselben aufbewahrten Urkunden ein Vorzugsrecht beim Beweise

3) S. die Schriftsteller in Wenckers Samml. Westphal teutsches Staatsrecht. nro. 9. Schröer vermischte Abh. Bd. II. S. 192. flg. Leyser sp. 266.

Digitized by Google

zusprechen zu können; indessen ist er doch von den gedachten Rechtslehrern fast ganz übersehen worden. Diese stützen vielmehr das Vorzugsrecht der Archivurkunden fast einzig und allein auf das zweite Erforderniß, welches jetzt erörtert werden soll.

Der Umstand allein, daß das Archiv von einer öffentlichen Behörde im oben entwickelten Sinne angeordnet sey, würde allein den öffentlichen Glauben desselben, und mithin kein Vorzugsrecht für die in demselben aufbewahrten Urkunden begründen können; wenn nicht diese Behörde zugleich dafür Sorge getragen hätte, alles zu entfernen, was diesem öffentlichen Glauben nachtheilig seyn könnte. Dieses kann aber nur allein dadurch geschehen, daß zur Aufsicht über das Archiv eine besonders beeidigte Person angestellt wird, welcher nicht allein zur Pflicht gemacht wird, alle ihr von der Behörde zur Niederlegung ins Archiv übergebene Urkunden daselbst aufzubewahren; sondern auch, das, was vielleicht andere Personen dort einschwärzen wollten, zurückzuwerfen.

Deshalb ist es ein zweites Erforderniß für den öffentlichen Glauben eines Archivs, daß bei demselben von der Behörde ein ordentlich beeidigter und verpflichteter Archivar bestellt seyn muß. wenn ein solches Archiv öffentlichen Glauben haben, und den darin aufbewahrten Urkunden ein Vorrecht zugestanden werden soll.

Wie bereits oben berührt worden ist, haben die gedachten Rechtslehrer gerade dieses Erforderniß ganz vorzüglich herausgehoben, um den Archivurkunden ein solches Vorrecht zuzugestehen: sie haben aber das erste beinahe ganz vernachlässigt, und dieses zweite durch eine ganz irrige Annahme zu rechtfertigen gesucht. Sie halten nämlich dafür, das Archivrecht einer Archivurkunde beruhe darauf, weil die Archivare darauf verpflichtet seyen, keine Urkunde, die sie nicht für ächt erkennten, in das Archiv aufzunehmen [4]). Aber dieses ist falsch, und zeigt, wie wenige Kenntniß jene Rechtslehrer von dem Geschäftsgange bei den Archiven haben. Denn die einzige Verpflichtung des Archivars besteht darin, getreulich aufzubewahren, was ihm von der Behörde an Urkunden zur Aufbewahrung übergeben wird, und jedes Fremdartige, was ihm außer der Behörde gegeben werden sollte, nicht anzunehmen; zur Prüfung der Aechtheit der ihm übergebenen Urkunden hat er keinen Beruf, und bei Acten-

---

4) Neveu de Windschlee de jure archivi §. 45. bei Wencker p. 80. Mensch de praesumt. l. 30. nro. 1 V. 21. nro. 22. Westphal teutsches Staatsrecht. nro. 9. §. 1. u. 9.

bänden, welche aus vielen und verschiedenen Producten bestehen, auch wahrlich keine Zeit.

Der wahre Grund des Archivrechts beruht also darauf, daß das Archiv selbst als ein öffentliches Institut betrachtet, und von einer öffentlichen Person, dem Archivar, unter Aufsicht der Behörde, verwaltet wird. Beide Erfordernisse müssen aber zusammen vorhanden seyn, wenn ein Archiv öffentlichen Glauben, und Archivurkunden das Archivrecht haben sollen; das erste, ein öffentliches Archiv, um zu verhindern, daß nicht andere Urkunden, als solche, welche öffentlichen Glauben haben sollen, in dasselbe niedergelegt werden, und das zweite: ein öffentlich angestellter Archivar, um zu verhindern daß nicht, ohne Mitwirkung der Behörde, Urkunden in das Archiv niedergelegt und aufbewahrt werden. Fehlt das erste, so bleibt dennoch das Archiv, wobei ein Archivar angestellt ist, ein Privatarchiv; wie wir denn viele Beispiele haben, daß adliche Familien ein Gesammtarchiv besitzen, und dabei einen beeidigten Archivar ansetzen, wiewohl das Archiv um deswillen nie ein öffentliches Archiv werden kann; fehlt das zweite, so kann ebenfalls von einem solchen Archive, welches den Urkunden ein Archivrecht gäbe, nicht die Rede seyn, wiewohl die Behörde eine öffentliche seyn kann. So bekleidet z. B. eine einzelne Person ein Staatsamt und füllt den Dienst einer öffentlichen Behörde aus; seine Registratur enthält zwar die Papiere, welche sich auf die Verwaltung seines Amts beziehen; aber sie kann nie als ein Archiv betrachtet werden, weil ein gehöriger Aufseher fehlt, der für die Richtigkeit, daß nur jene Papiere und keine andere dort niedergelegt seyen, einstehen kann; und da die Möglichkeit, daß sich fremdartige Papiere dort eingeschlichen haben könnten, nicht ausgeschlossen bleibt. Nie kann daher die Registratur einer Kirche, wo der Prediger zugleich Aufseher derselben ist, oder die eines Notars, selbst, wenn er nicht bloß eine öffentlich beglaubigte Person, sondern wirkliche Staatsbehörde wäre, als ein Archiv angesehen werden, welches den darin aufbewahrten Urkunden das Archivrecht gäbe. Ein gleiches ist von den Registraturen der Gerichte zu behaupten, welchen nur eine einzige Person vorgesetzt ist. Dagegen kömmt es aber darauf nicht an, ob der Archivar den Titel eines solchen führt, oder einzig und allein dem Archive vorgesetzt ist, oder ob er auch zu gleicher Zeit eine Haupt- oder Nebenbedienung bekleidet, und von dieser seinen Titel empfängt. Registratoren, Secretarien u. s. w. sind eben so gut als ordentliche Archivare anzusehen, als die betitelten, falls ihnen nur die Aufsicht über das Archiv besonders zur Pflicht gemacht ist. Dieses liegt in der Natur der Sache; und es ist daher eine ganz

irrige Annahme einiger Rechtslehrer [5]), wenn sie einen speciellen Archivar als wesentliches Erforderniß betrachten; denn nicht auf den Titel und die Person, sondern lediglich auf die Verpflichtung, alles, was in das Archiv gehört, aufzunehmen, und aufzubewahren, und nichts, was dahin nicht gehört, zu empfangen und anzunehmen, kömmt es hier allein an.

Zum Schlusse dieses Abschnitts sind noch einige Einwürfe gegen die geäußerte Ansicht über den wahren Grund des Archivrechts zu beseitigen.

Einige Rechtslehrer [6]) wollen ein solches den Archivurkunden gar nicht gestatten, weil der Aufbewahrungsort an und für sich die Glaubwürdigkeit der Urkunden nicht erhöhen könne. Sie beziehen sich in dieser Hinsicht auf die historische Wahrheit, daß in der Vorzeit Privatpersonen und Corporationen ihre Urkunden oder Abschriften derselben zur Sicherheit in öffentliche Archive hinterlegt haben, ohne daß es jedoch erhelle, daß dieses unter Mitwirkung der Behörde geschehen sey. Aber an und für sich ist dieser Einwand unbegründet, denn eine Aufbewahrung an einem Orte, welcher gerade dazu bestimmt ist, um dergleichen Urkunden aufzubewahren, muß allerdings den öffentlichen Glauben derselben erhöhen. Und der zur Unterstützung der gegenseitigen Ansicht angegebene historische Grund wird durch eine andere historische Thatsache entkräftet, daß es nämlich in der Vorzeit nicht gebräuchlich war, über die Mitwirkung der Behörde bei Annahme dergleichen Urkunden, eine besondere Aufzeichnung vorzunehmen, indem die Annahme und Ablieferung der Urkunde selbst jede protocollarische Aufzeichnung über deren Deposition vertrat. Man darf daher, wenn sich gleich über die Niederlegung der Urkunde in dem Archive keine nähere Umstände aufgezeichnet befinden sollten, dennoch nicht annehmen, daß solches willkührlich geschehen sey.

b) Umfang desselben.

Aus dem, einem auf die obengedachte Art angelegten Archive, zustehenden öffentlichen Glauben, lassen sich nun folgende Vorzugsrechte der in demselben aufbewahrten Urkunden ableiten:

---

5) Vergl. Fritsch de jure archivi, der eine große Zahl älterer Rechtslehrer aus der Zeit der Glossatoren und Commentatoren anführt. Die richtige Meinung hat schon Schilter bei Wencker p. 51. Neveu de Windschlee ebendas. p. 79. Multz de jure cancellar. §. 1. nro. 14. bei Wencker p. 113.

6) Z. B. Lepser a. o. O.

Digitized by Google

I. Jedes in dem Archive aufbewahrte Original ist ohne Rücksicht auf seine ursprüngliche Entstehung als eine öffentliche Urkunde zu betrachten. Da nämlich das Archiv ein öffentliches Institut ist, welches den Zweck hat, die Glaubwürdigkeit der Urkunden zu sichern; da ferner die, unter Mitwirkung der Behörde, vorgenommene Deposition einer Urkunde jeden Verdacht ausschließt, daß sie von einem andern herrühre, als dem deponirenden Interessenten; so wird durch die Annahme und Deposition derselben, durch den öffentlichen Act dieser Annahme und Deposition, die Urkunde mit dem Character des öffentlichen Glaubens gestempelt. Mithin wird auch jede ursprüngliche Privaturkunde, falls sie in das Archiv aufgenommen, und in demselben aufbewahrt gewesen ist, durch diese Aufnahme und Aufbewahrung in eine öffentliche umgewandelt, und hat mit derselben gleiche Rechte. Sie braucht daher nicht zuvor von demjenigen, gegen den sie producirt wird, agnoscirt oder eidlich diffitirt zu werden: sondern es finden gegen dieselbe nur die Einreden statt, welche gegen öffentliche Urkunden vorgeschützt werden können, um deren öffentlichen Glauben zu entkräften.

Dieser Meinung, welche aus dem öffentlichen Glauben eines Archivs zu folgern ist, sind mit Recht mehrere Rechtslehrer [7]); andere dagegen wollen, daß, um einer solchen Privaturkunde die Rechte einer öffentlichen zu geben, es nothwendig sey, daß sie unter den öffentlichen Urkunden aufbewahrt seyn müsse, wenn sie öffentlichen Glauben haben solle; eine Restriction, die etwas unbegreiflich ist, indem ja nicht bloß die Aufbewahrung, sondern vorzüglich die Aufnahme der Urkunde, gerade dadurch, daß sie ein öffentlicher beeidigter Archivar annimmt und verwahrt, die Glaubwürdigkeit derselben begründet, und mithin alle, ordnungsmäßig in das Archiv aufgenomme und verwahrte Urkunden, öffentlichen Glauben haben.

Noch andere wollen außerdem den Originalurkunden eines Archivs ohne Unterschied, nur dann einen öffentlichen Glauben zugestehn, wenn dergleichen Archivurkunden observanzmäßig einen solchen hätten; aber dieses widerstreitet dem Zweck der Anlegung eines Archivs, denn dann wäre ja die Anlegung eines solchen

---

7) Fritsch de jure archivi c. 7. nro. 7. bei Wencker p. 39. Leyser spec. 266. med. 1. Westphal teutsches Staatsr. nro. 9. §. 9. Brockes sel. obs. forens. nr. 490.

Digitized by Google

ganz unnütz, und es bedürfte derselben eben so wenig, als der Anstellung beeidigter Aufseher.

II. Jedes in einem Archive aufbewahrte Original hat, falls es ächt ist, eine vollkommene Beweiskraft.

Die Aufbewahrung unter öffentlichen Glauben ist so lange entscheidend für die Beweiskraft, bis entweder besondere Gründe der Unächtheit entgegenstehen, oder die erweisliche Veranlassung selbst, wodurch eine solche Urkunde in das Archiv kam, den Grund jener Glaubwürdigkeit aufhebt. Auch positive Gesetze bestätigen diese vollkommene Beweiskraft eines archivalischen Originals. So sagt die Novelle 49. Cap. 2.

> Sin vero etiam ex publicis archivis proseratur charta, velut de suscepto descriptio, mensae gloriosissimorum praefectorum — et quod ex publicis archivis profertur, et publicum habet testimonium, etiam susceptile hoc esse ad collationes manus, ponimus.

Einen Auszug dieser Stelle findet man in der Authentike Ad haec. C. IV. 21. de fide instrum. und die meisten Rechtslehrer haben den oben aufgestellten Grundsatz, aber in einer Allgemeinheit angenommen, welche meiner Ansicht nach nicht bestehen kann. Sie glauben nämlich, daß ein solches in dem Archive aufbewahrte Original auch als ächt angesehen werden müsse, indem sie, wie bereits oben bemerkt ist, dafür halten, daß der Archivar die Pflicht auf sich habe, die Aechtheit einer Urkunde zu prüfen, und keine unächte anzunehmen. Eine solche Verpflichtung des Archivars existirt aber nicht, und kann auch, der Natur des Geschäftsgangs bei Archiven nach, nicht statt finden. Zur Glaubwürdigkeit gehört immer die Aechtheit, letztere muß vorausgesetzt werden, wenn erstere vorhanden seyn soll; aber sie kann aus der alleinigen Aufbewahrung einer Urkunde in einem Archive nicht als zugleich mit vorhanden vorausgesetzt werden, indem bei demselben niemand zur Prüfung der Aechtheit, von Amtswegen bestellt ist.

Ist aber die Urkunde ein Original und ächt, so muß sie allerdings einen vollkommenen Beweis ausmachen. Ganz vorzüglich ist dieses der Fall, wenn die in öffentlichen Archiven aufbewahrten Urkunden alle nach der Geschäftsform ihrer Zeit abzumessenden Kennzeichen des öffentlichen Glaubens an sich tragen, wenn z. B. bei neuern Urkunden, die Concepte derselben von dem Proponenten unterzeichnet, von dem Dirigenten vidi-

Digitized by Google

mirt, von dem Expedienten mit dem Expeditionszeichen versehen, oder, mit andern Worten, alle Förmlichkeiten beobachtet sind, welche Landesgebrauch und Observanz vorschreiben. Denn gerade der Gang, den die Acten bis zur Aufbewahrung in den öffentlichen Archiven nehmen, liefert sehr häufig den Beweis, daß sie unter öffentlichem Glauben entstanden sind.

Indessen kann man auf diese besondern Kennzeichen oft keine Rücksicht nehmen, weil — sie nicht vorhanden sind. Die Diplomatik lehrt uns nämlich, daß man in frühern Zeiten keine so genaue Geschäftsformen beobachtet hat, und so finden sich denn oft in den Archiven Urkunden, bei denen sich die jetzt üblichen Kennzeichen gar nicht finden, Concepte ohne alle Unterschrift, Documente ohne alle Beglaubigungszeichen. Bei diesen entscheiden für die vollkommene Beweiskraft die beiden Momente vereint: Aufbewahrung in einem öffentlichen Archive, und Acten der Urkunde, mit steter Rücksicht auf die Geschäftsform jener Zeit, aus welcher sich die Urkunde herschreibt.

Jene Geschäftsform lehrt die Diplomatik, freilich wohl nicht die Lehrbücher derselben, welche bis jetzt erschienen sind, denn diese nehmen im Ganzen nur auf kaiserliche, königliche, fürstliche und päpstliche Urkunden und dergl. Rücksicht, haschen auch mehr nach Seltenheiten und Curiositäten, als daß sie auf das täglich Vorkommende Rücksicht nehmen; das Alter einer Urkunde bleibt aber an und für sich ein wichtiges Moment.

Es liegt nämlich sowohl in der Natur der Sache, als auch beruht es auf Stellen des gemeinen Rechts [2]), daß man bei dem Beweise eines Umstandes, welcher sich vor Alters ereignet hat, sich nicht allein mit solchen Beweismitteln begnügen muß, als man möglicher Weise erhalten kann, und daß diese gerade aus dieser Ursache einen vollkommenern Beweis abgeben müssen, als wenn durch ähnliche ein erst vor kurzer Zeit statt gefundener Umstand erwiesen werden soll; sondern auch, daß die Förmlichkeiten dieser Beweismittel nur nach der Art und Weise, wie dieselbe damals beobachtet wurde, und nicht nach derjenigen, welche jetzt üblich ist, beurtheilt werden darf.

Abgesehen von dem Umstande, ob dergleichen alte Urkunden in einem Archive aufbewahrt worden

---

8) Fr. 38. D. XXII. 4. de probationib. fr. 7. 8. D. XXXIX. 3. de aq. et aq. plur. accend. rat. Vergl. Carol. Molinaei Commentar. in consuet. Parisiens. tit. 1. § 8. nro. 74. sqq. (Opp. omn. Paris 1681. f. T. 1.

Digitized by Google

sind, nimmt man daher mit Recht [9]) an, daß das Alterthum schon an und für sich dem aus diesen alten Urkunden zu führenden Beweise zu Statten komme; gerade weil zum Beweise einer alten Thatsache nur ein möglichst stringenter hinreicht. Und so erkennt denn auch diesen Grundsatz das Canonische Recht als einen gesetzlichen an, indem es in einer merkwürdigen Stelle [10]) ausdrücklich sagt:

> Mandamus, quatenus secundum divisionem, quae per libros antiquos (alte Lagerbücher) vel alio modo melius probantur — in negotio procedatis.

wie es denn auch auf der andern Seite aus dem Geiste dieses selben Rechts erkennbar ist, daß es hierbei auch nicht die strenge Förmlichkeit dieser Beweismittel als nothwendig vorhanden vorausgesetzt hat, indem es bei andern dieselben zu übersehen gebietet, wenn von alten zu beweisenden Thatsachen die Rede ist, und namentlich bei solchen, die Ohrenzeugen als gültige Beweiszeugen betrachtet [11]).

Ist daher jener Grundsatz nicht allein in der Natur der Sache begründet, sondern auch durch das positive Recht selbst genehmigt, so folgt daraus, daß, wenn der in Frage seyende alte Umstand durch eine gleichzeitige, oder der Zeit nach nicht sehr entfernte Urkunde, was natürlich dem Ermessen des Richters zu beurtheilen überlassen werden muß, bewiesen werden soll, dieselbe, falls sie nur ächt ist, einen vollkommenern Beweis ausmacht, als wenn unter gleichen Verhältnissen eine neuere Thatsache durch eine neuere Urkunde bewiesen werden soll, und daß die alte Urkunde, unter gleichen Verhältnissen schon dann einen vollkommenen Beweis abgiebt, wenn die neuere, ihren Förmlichkeiten nach, nur einen mehr als halben Beweis aus-

---

9) Molinaeus a. a. O. nro. 79. 80. Gaill. observ. L. II. obs. 149. nro. 8. Brunnemann Consil. et Resp. Consil. 133. n. 14. Mascard. de probat. Concl. 188. u. a. Vergl. v. Gönner Entw. eines Gesetzbuchs für das gerichtl. Verfahren. Bd. II. S. 441. „Alte Urkunden, wenn sie auch durch öffentlichen Glauben nicht unterstützt sind, verdienen stets eine Begünstigung; wie wollte der Gesetzgeber bei ihnen den strengen Beweis des Urhebers fordern, da es ihres Alters wegen, nicht möglich ist, hierüber den Beweis zu liefern, oder wie dürfte er dagegen den Diffessionseid zulassen, den der Product leichthin vom Nichtwissen schwören würde?“

10) Cap. 13. X. (Decretal. II. 19.) de probationib.

11) Cap. 74. X. (Decret. II. 20.) de testib.

machen würde; ferner, daß, wenn eine Urkunde ihren Förmlichkeiten nach nur einen halben Beweis hervorbringen würde, sie durch das Alterthum eine mehr als halb vollkommene Glaubwürdigkeit erhält, und endlich, daß, wenn sie weniger als einen halben Beweis bewirkt haben würde, sie durch ihr Alter einen halben Beweis hervorzubringen im Stande ist [12]).

Dieser Grundsatz über die Kraft des Alterthums findet sowohl bei öffentlichen als Privaturkunden, seine Anwendbarkeit. Bei öffentlichen Urkunden wird er noch dadurch bestärkt, daß aus dem Alter derselben die gesetzliche Vermuthung [13]) erwächst, daß bei denselben alles auf die gehörige Art zugegangen, und daß sie, in Gemäßheit der damals üblich gewesenen Förmlichkeiten abgefaßt worden sind, wenn gleich dieselben entweder theilweise, oder gänzlich, in der Urkunde selbst mit Stillschweigen übergangen und nicht namentlich angezeigt sind.

Bei Privaturkunden dagegen begründet das Alterthum eine ähnliche Vermuthung, aus dem Umstande, daß es sich nicht denken läßt, wie sie absichtlich zum Schaden von Personen, deren Existenz noch nicht geahndet werden konnte, geschmiedet seyn könnten; und so folgt sowohl aus dem obengedachten Grundsatze über die bestärkende Kraft des Alterthums, als aus dieser Vermuthung, daß sie einen halben Beweis begründen [14]), (falls sie nur nicht von dem Vorgänger des Producenten in seiner eigenen Sache ausgestellt worden sind), und daß den Umständen nach dieser halbe Beweis entweder den Bezeugungseid

---

12) v. Gönner Entwurf. Bed. II. S. 411.

13) Fr. 30. D. XIV. 1. de verb. oblig. cap 13. X. (Decretal. II. 23.) de praesumtt. cap. 23. X. (1. 6.) de electione cap. 16. X. (II. 27.) de sentent. et re judic. — arg. c. 10. C. III. 31. de petit. heredit. Alciat. Praesumt. Regul. III. nro 9. Daher das Brocardicum: Pro scriptura militat praesumtio et veritatis et solemnitatis.

14) Nic. de Passeribus de scriptura privata. L. 1. Qu. 4. nro. 238. Cothmann. Consil. et Resp. Vol. II. Resp. 56. nro. 83. 84. v Gönner a. a. O. B. 1. S. 176., wo derselbe noch weiter geht: „Wenn eine Privaturkunde von so alter Entstehung ist, daß ihre Aechtheit (Gültigkeit) weder durch das Anerkenntniß des Producten, noch durch Vergleichung der Handschriften, noch durch Zeugen erwiesen werden kann, so dient das Alter der Urkunde statt des Beweises ihrer Aechtheit (Gültigkeit), wenn sie neben der Jahrszahl noch andere Beweise des Alterthums an sich trägt. Stimmt eine solche alte Urkunde mit dem gegenwärtigen Besitzstande überein, so macht sie einen vollständigen, außerdem nur einen unvollständigen Beweis, dessen Grad dem Ermessen des Richters überlassen ist.“

Digitized by Google

herbeiführen, oder den Beweis des Gegentheils auf den Producten schieben muß.

Wenn nun gleich jener aufgestellte Grundsatz über die bestärkende Kraft des Alterthums, den Gesetzen und der Natur der Sache gemäß ist, so haben ihn dennoch einige Rechtsgelehrten [15]) aus dem Grunde bestreiten wollen, weil ihn das Römische Recht verwürfe. Sie beziehen sich in dieser Hinsicht auf die Novelle CXI, in welcher Justinian erklärt haben soll, daß das Alterthum allein die beweisende Kraft einer Urkunde nicht verstärken könne. Diese Novelle hebt die den Kirchen gegebene hundertjährige Verjährung, welche zu vielen Processen Anlaß gegeben hatte, wieder auf, und giebt als Beweggrund an, die Schwierigkeit, jene Processe durch genugsame Beweismittel niederzuschlagen:

„quoniam per tantum saeculi majus quam temporis spatium, nec documentis integritas, nec actis fides, nec aetas valet testibus suffragari."

Uebersetzt man jedoch diese Worte genau, so sieht man gleich, daß die angebliche Erklärung Justinians nicht in denselben liegt, und daß das Wort aetas sich weder auf die documenta beziehe, noch durch Alterthum übersetzt werden darf, sondern auf das persönliche aetas der Zeugen geht. Beweismittel, sagt Justinian, sind sehr schwierig, weil man nach dem Ablauf eines Jahrhunderts, weder ganz vollkommene Urkunden, noch glaubhafte Acten, noch Zeugen antreffen wird, wodurch man, den Beweis vollkommen und über allen Zweifel erhaben, zu führen, im Stande seyn könnte.

Ja selbst in dem Falle, wenn diese Stelle des Römischen Rechtsbuchs den gedachten Grundsatz, wie sie doch nicht gethan hat, ausdrücklich verworfen haben sollte, so würde derselbe dessen ungeachtet aufrecht zu erhalten seyn, weil ihn das spätere Canonische Recht förmlich ausgesprochen hat, und dasselbe in dieser Materie, offenbar dem römischen Rechte derogiren würde [16]).

Ein anderer Grund, wodurch man ihn zu bestreiten gesucht hat, trifft gar nicht zu. Man hat ihn darin zu finden geglaubt, daß die Unächtheit einer Urkunde, des Alterthums unbeschadet, ja dennoch möglich sey. Aber es ist ja stets bei der bestärkenden Kraft des Alterthums vorauszusetzen, daß die Aechtheit der Ur-

---

15) ICti Tubingens. Tom. IX. Cons. 42. n. 41. Leyser Medit. ad Pand. spec. 161. med. 7. Einigermaßen auch Strube n rechtl. Bedenken. Th. I. Bed. 73.

16) S. meine Einleitung in das Römisch-Justinianeische Rechtsbuch. S. 185.

Digitized by Google

kunde ausgemacht seyn muß. Es darf also gegen dieselbe kein wirklicher böser Verdacht der Verfälschung vorhanden seyn, aber dabei ist zu beherzigen, daß sich auch dieser Verdacht nicht allein durch die Unregelmäßigkeiten der Förmlichkeiten einer Urkunde begründen läßt; sondern es gehört dazu, daß dieselbe, nach diplomatischen Regeln wirklich der Unächtheit oder Verfälschung überwiesen werden kann.

Giebt mithin das Alterthum schon an und für sich einer Urkunde eine höhere Glaubwürdigkeit, so muß dieselbe noch höher steigen, wenn eine solche alte Urkunde in einem Archive aufbewahrt gewesen ist. Mit Recht schlägt daher v. Gönner in seinem Entwurfe eines Gesetzbuchs für das gerichtliche Verfahren [17]) folgenden Satz als Gesetz vor:

> „Eine in öffentlichen Archiven oder Registraturen aufbewahrte alte Urkunde hat die rechtliche Vermuthung für sich, und bewirkt, wenn nicht besondere Gründe der Unächtheit derselben entgegenstehen, einen vollen Beweis."

Zum Schlusse dieses Paragraphen ist noch ein angebliches Erforderniß zu prüfen, welches nach einigen Rechtsgelehrten überdies vorhanden seyn muß, um einer Archivurkunde eine vollkommene Beweiskraft zuzugestehen. Sie erfordern nämlich, daß der Archivar auf der Urkunde bescheinigt haben müsse, sie sey aus dem Archive entnommen. Dieses beruht auf einer falschen Auslegung der oben angezogenen Worte aus der Novelle XLIX; wo man den Ausdruck „et publicum habet testimonium" auf ein Zeugniß des Archivars deuten will. Es erhellt aber aus dem griechischen Texte dieser Novelle, und aus Homberg's richtiger Uebersetzung desselben, daß „et quod ex archivis profertur, et publicum habet testimonium" durch „vel quod ex archivis profertur, vel publicum habet testimonium" erklärt werden muß; indem Justinian wollte, daß zur Vergleichung einer bestrittenen Handschrift, man sich öffentlicher, oder öffentlich beglaubigter Urkunden derselben Handschrift des Ausstellers bedienen, und erstere aus dem Archiv nehmen solle.

III. Ist es zweifelhaft, ob die aus dem Archive entnommene Urkunde ein Original oder eine Copie ist, so streitet die Vermuthung dafür, daß sie ein Original sey; sie beweist also

---

17) B. I. S. 172.

Digitized by Google

vollkommen, falls nicht das Gegentheil, nämlich, daß sie eine Copie sey, von dem Producten erwiesen werden sollte [18]).

Jene Vermuthung wird nicht allein dadurch begründet, daß das Archiv zum Zweck hat, solche Urkunden aufzunehmen, welche eine besondere Glaubwürdigkeit haben sollen, mithin Originale, sondern auch dadurch, daß der Archivar in der Regel nur Originale empfängt, und die gesetzliche Vermuthung dafür streitet, daß er seine Pflicht nicht vergessen habe, sondern alles der Ordnung gemäß vorgegangen sey. Sie wird auch dadurch nicht geschwächt, daß der Urkunde einige Zeichen eines Originals abgehen, welche in neuern Zeiten nothwendig waren, denn bei Beurtheilung der Frage, ob eine bestimmte Urkunde Original oder Copie sey, muß man stets die Geschäftsform des Zeitalters vor Augen haben, in welchem die Urkunde abgefaßt wurde.

Bei Urkunden aus ältern Zeiten muß man, einige wenige, wie z. B. die chartae partitae, Chirographen [19]) im diplomatischen Sinne, und die mit Investiturzeichen versehenen, ausgenommen, bei denen kein Siegel gewöhnlich war, darauf sehen, ob sich ein Siegel oder das Merkmal eines solchen, z. B. Einschnitte im Pergament, wodurch die Schnüre desselben liefen, oder die Schnüre selbst, an derselben befinden. Ist dieses der Fall, so ist die Urkunde unbedenklich für ein Original zu halten. Ist dagegen in dem Contexte der Urkunde zwar des Siegels gedacht, ein solches, oder die Spur desselben aber nicht vorhanden, so ist sie für eine Copie anzusehen.

Gewöhnlich ist eine Copie auch an der jüngern Handschrift, und dem Mangel einer eigenhändigen Unterschrift, wenn eine solche zu einer gegebenen Zeit wesentlich nothwendig war — denn es gab eine lange Zeit, wo die Urkunden gar nicht unterschrieben wurden — und an dem neuern Schreibmaterial zu erkennen. Aber diese Zeichen sind, wie die Diplomatik lehrt, oft

---

18) Westphal teutsches Staatsrecht nro. 9. §. 9.

19) Chartae partitae sind bekanntlich doppelt ausgestellte Originale auf einem Blatte, welches zerschnitten, und jedes Original einem der Contrahenten übergeben wurde. Gewöhnlich wurde auf dem Raum, wodurch der Schnitt geschah, ein beliebiges Wort geschrieben, meistens Cyrographum, Ilsus, ein Kreuz, welches mithin durchgeschnitten wurde, um durch das Zusammenhalten der Buchstaben die Aechtheit darzuthun. Solche Urkunden hießen Cyrographa, Chirographa; Zerter, Kerbbriefe.

Digitized by Google

sehr trüglich, und in einem solchen Falle tritt immer die oben aufgestellte Vermuthung ein.

IV. Wenn es aber ausgemacht ist, daß die Archivurkunde nur eine Copie sey, so fragt es sich, welche Glaubwürdigkeit dieselbe besitze?

Einige Rechtslehrer [20]) wollen ihnen eben die Glaubwürdigkeit und Beweistüchtigkeit beilegen, welche die in dem Archive befindlichen Originale selbst haben; andere [21]) behaupten dagegen, daß eine solche Copie nicht anders Beweiskraft habe, als wenn sich auch das Original derselben in dem Archive befinde, und wenn der Archivar, oder eine bei dem Archive angestellte öffentliche Person, auf der Copie beglaubigt habe, daß sie mit dem Originale gleichlautend sey.

Um diese Controverse zu haben, wird zuvor die Theorie von der Glaubwürdigkeit der Copieen im Allgemeinen, kurz zu erörtern seyn.

Gewöhnlich wollen die Rechtsgelehrten [22]) den Copieen im Allgemeinen alle und jede Beweiskraft absprechen, falls nicht zu gleicher Zeit das Original vorgelegt werden kann, und nur dann gestatten sie eine Ausnahme von dieser Regel, wenn der Producent darthut, daß der Gegner den Verlust des Originals böslicher Weise veranlaßt habe [23]), und wenn der Producent selbst den Inhalt der verloren gegangenen Urkunde auf keine andere Art erweisen könne [24]).

---

20) Alciat. L. IV. Consil. 4. nro. 12. Mascard de probatt. Concl. 101. nro. 10. Carpzov P. I. Const. 17. defin. 38. nro. 5. v. Gönner Entwurf eines Gesetzb. B. I. S. 176. §. 9.

21) Molinaeus a. a. O. §. 8. nro. 24. 32. 40—42. 45. 70. 71. 5. Nic. de Passeribus a. a. O. c. 1. qu. 2. nro. 8. Brunnemann Consil. 131 nro. 83. Struv. Exercitat. 38. thes. 31. Leyser sp. 266. med. 9. Böhmer Consultatt. T. III. P. II. arg. 381. nro. 7. Schröter juriſt. Abhandl. Bd. II. S. 199. Tevenar vom Beweiſe. S. 222. Weſtphal teutſches Staatsrecht. nro. 9. §. 11. v. Bülow u. Hagemann pract. Erörterungen. Bd. III. nro. 42.

22) Böhmer Jus eccles. Protestant. L. II. tit 22. §. 5. Hertius T. I. Decis 15. nro. 8. Martin Lehrbuch des bürgerl. Proceſſes. §. 199. u. a.

23) Stryck D. de instrumentis amissis. Francof. 1688. 4. Mevius Decis. P. II. Dec. 283. 284. P. III. Decis. 10. P. VII. Decis. 326.

24) Wernher observ. forens. P. VI. obs. 252. u. a.

Digitized by Google

Sie beziehen sich in dieser Hinsicht auf eine Stelle der Decretalen [25]), in welcher es heißt:

„si scripturam authenticam (Original) non videmus, ad exemplaria (Copieen) nihil facere possumus,

und folgern daraus, daß mithin auch selbst vidimirten Copieen keine Beweiskraft zugestanden werden könne, falls nicht das Original vorhanden sey [26]).

Weil jedoch eine andere Stelle in demselben Titel der Decretalen [27]) verfügt:

„Si instrumenta propter vetustatem, vel propter aliam justam causam exemplari petantur; coram judice vel delegato ab eo, specialiter praesententur, qui si ea diligenter inspecta, in nulla sua parte vitiata repererit, per publicam personam illa praecipiat exemplari, eandem auctoritatem per hoc cum originalibus habitura,"

so nehmen andere an, daß eine Copie, welche auf die in der letztgedachten Decretale förmliche vorgeschriebene Art (woraus man einen eigenen Exemplificationsproceß gebildet hat) abgefaßt sey, auch ohne das Original beweise [28]); noch andere, daß überall jede vidimirte Copie, welche von Seiten des Richters aufgenommen sey, jedoch nicht die, welche nur von Notarien vidimirt sey [29]), diese Beweiskraft habe [30]); und endlich, noch andere, daß auch die durch Notarien vidimirte Copieen Beweiskraft haben, falls sie durch andere Beweismittel, z. B. den Ergänzungseid, unterstützt würden [31]).

---

25) Cap. 1. X. (decretal. II. 22.) de fide instrum.

26) Huber Praelect. jur. civ. T. III. Libr. XXII. § 23. u. a.

27) Cap. 16. X. eod.

28) Hellfeld de probat. per exempla. §. 23.

29) Alciat. Cons. 309. nro. 9. Richard Consil. T. II. nro. 6.

30) Z. B. die Glosse zum Cap. IX. a. a. O. Hellfeld §. 25—28.

31) Lauterbach Colleg. theor. pract. L. XXII. tit 4. §. 48. ibique alleg. DD. Vergl. auch Hellfeld a. a. O. §. 30. Stryk de cautel. contract. Sect. II. cap 7. § 14. Beck de Vidimus. §. 3. Nürnberger Reformation. Tit. 8. Ges. 3. Hamburger Statut. P. I. tit. 30. §. 5. Lübecker Statut. Buch V. Art. 3. Frankfurter Reformation. P. I. tit. XXI. nro. 7.

Digitized by Google

Alle diese Rechtslehrer haben nicht die geringste Vermuthung gehabt, daß der Text der erstgedachten Decretale, worin sie das allgemeine Gebot, daß eine Copie ohne Production des Originals keine Beweiskraft haben solle, zu finden geglaubt haben, verdorben sey, wiewohl schon Cujas dieses bemerkt hat.

Diese Decretale ist nämlich aus den Briefen [32]) Papst Gregor des Großen genommen, und in diesen lautet die Stelle nach den ältesten und besten Ausgaben folgendermaßen:

„Si scripturam authenticam non videmus aut exemplaria, nihil facere possumus.“ [33]).

Da aber jede Decretale nach der Quelle erklärt werden muß, aus welcher sie geschöpft ist; die Quelle im vorliegenden Falle aber keineswegs den Copieen Beweistüchtigkeit abspricht, sie ihnen vielmehr ausdrücklich neben den Originalen zugesteht, so fällt mithin schon die Allgemeinheit der Behauptung hinweg, daß eine Copie ohne Original von aller Beweiskraft entblößt sey.

Hierzu kömmt, daß sich auch schon nach dem Römischen Rechte die Beweiskraft der Copieen behaupten läßt.

So verfügt dasselbe, daß die Schuldner der Pupillen, falls die Originalschuldscheine verbrannt seyen, aus den in dem Inventare der Vormünder etwa enthaltenen Abschriften, verklagt werden können „Chirographis debitorum incendio exustis, sagt fr. 67. D. XXVI. 7. de administr. et perio, tutor., cum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam — id omisissent, — an si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt; judicio tutelae consequantur? Respondit, si adprobatum fuerit, eos tutores hoc per dolum vel culpam praetermisisse, praestari ab his hoc debere.“

Ferner, daß eine geschehene Emancipation durch Abschriften der Gerichtsacten erwiesen werden könne, wenn die Originalacten verloren gegangen seyen. „Emancipatione facta, verfügt c. 11. C IV. 21. de fide instrum., etsi actorum tenor non existat, si tamen aliis indubiis probationibus, vel ex personis, vel ex instrumentis incorrupta fide — probari possit, actorum interitu veritas convelli non solet.“

---

32) Epistol. L. II. ep. 3.

33) Diese wichtige Lesart ist selbst in der neuesten critischen Ausgabe des corporis juris canonici von J. H. Boehmer unberücksichtigt geblieben.

Und nur in Hinsicht des Fiscus macht es eine Ausnahme, indem es den fiscalischen Beamten anbefiehlt, ihre Klagen nicht auf Register und Abschriften, sondern auf Originalscripturen zu begründen.

„Quicunque a fisco convenitur, non ex indice et exemplo alicujus scripturae, sed ex authentico conveniendus est; ita si contractus fides possit ostendi; caeterum calumniosam scripturam vim in judicio obstinere, non convenit.“ Fr. 2. D. XXII. 4. de fide instrum.

weil nämlich, wie aus den Schlußworten dieser Stelle erhellt, die fiscalischen Beamten nur zu geneigt waren, die Unterthanen durch chicaneuse fiscalische Forderungen und Anklagen in Processe zu verwickeln.

Gerade auf diese Stelle beziehen sich eben sowohl, wie auf die verdorbene Lesart der gedachten Decretale, jene Rechtslehrer, um den Copieen alle Beweiskraft abzusprechen. Wie darf man aber aus einer speciellen Ausnahme, gegen die andern Stellen des Römischen Rechtsbuchs eine Regel bilden? besonders, wo der Bewegungsgrund der Ausnahme so deutlich von dem Gesetze ausgedrückt wird.

Noch leichter ist ein dritter Grad, welchen jene Rechtslehrer gegen die Beweistüchtigkeit der Copieen aufstellen, zu beseitigen.

Sie berufen sich auf die Novelle CXIX. Cap. 3. und die Authentike si quis C. II. 1. de edendo, obgleich diese nur die anerkannt richtige Bemerkung enthalten, daß ein documentum referens — eine sich auf eine andere Urkunde beziehende Schrift — nicht anders beweisen könne, als wenn zu gleicher Zeit die, auf welche Bezug genommen worden, oder das documentum relatum mit producirt werde. Eine Copie einer Urkunde kann aber doch wohl unmöglich als ein documentum referens betrachtet werden, da sie nicht etwa aus einem in dem Originale angegebenen Umstand Bezug nimmt, sondern den ganzen Inhalt des Originals, und auch nur diesen, ohne weitern Zusatz wiederholt.

„Si quis, sagt die gedachte Authentike, in aliquo documento mentionem faciat alterius documenti, nulla ex hac memoria (Bezugnahme) fiat actio; nisi aliud documentum, cujus memoria in secunda facta est, proferatur, aut alia secundum leges quantitatis debitae probatio exhibentur; quia et quantitas, cujus memoria facta est, pro veritate debeatur, hoc enim

et in veteribus legibus invenitur," zum klaren Beweise, daß hier nichts neues verfügt sey.

Ist also die allgemeine Behauptung, daß eine Copie ohne Original von jeder Beweiskraft entblößt sey, unbegründet, so erscheinen auch die ängstlichen Beschränkungen dieser Behauptung, insofern sie sich auf die angeblich nothwendige Art und Form der Vidimation beziehen, von welcher allein ausnahmsweise eine Beweiskraft abhängen soll, als überflüssig.

Es genügt vielmehr, daß eine Copie nur überall von einer Person, welche öffentlichen Glauben hat, möge dieselbe eine Behörde, eine gerichtliche Person, oder ein Notarius seyn, beglaubigt ist, um ihr bei dem Mangel eines Originals, die volle Beweiskraft desselben zuzusprechen. Schon das Römische Recht deutet in der oben angezogenen Stelle darauf hin, indem es nur von instrumentis incorrupta fide spricht, und, wenn gleich die letztgedachte Decretale zwar das Verfahren bestimmt, wie solches bei einer solchen Beglaubigung statt finden solle, so setzt sie doch ausdrücklich hinzu, daß die Beglaubigung im Allgemeinen durch eine öffentliche Person geschehen solle, wodurch also keinesweges der Notarius, da er, seitdem der gesetzliche Character des Notariats aufgekommen ist, als eine solche betrachtet werden muß, ausgeschlossen werden kann. Deshalb war denn auch, mit Unrecht, die Praxis der Reichsgerichte gegen die Zulässigkeit eines Notarius, bei Vidimationen dieser Art [34]).

Auch einfachen Copieen kann nach der richtigen Lesart der gedachten Decretale wohl nicht füglich jede Beweistüchtigkeit abgesprochen werden, falls das Original abhanden gekommen ist; vorzüglich aber dann nicht, wenn das Original wirklich früher vorhanden war, aber erwiesener Maßen durch einen Unglücksfall verloren gegangen ist, und, wenn die Copie selbst durch andere Beweismittel unterstützt wird. Dem Ermessen des Richters allein darf in einem solchen Falle die Beurtheilung zustehen, welchen Grad des Beweises unter solchen Umständen eine Copie bewirken kann [35]).

---

34) v. Selchow Einleit. in den Reichshofrathsproceß. Tit. IX. §. 8. — In den neuern Zeiten werde bei dem Reichshofrath ein eigner Notar zur Fertigung glaubwürdiger Vidimationen angestellt, der hierunter öffentlichen Glauben hatte. S. Reichshofrathsordnung. Tit 3. §. Gestalten.

35) c. 5. C. IV. 21. de fide instrum. c. 1. 7. 11. eod. c. 20. C. IV. 19. de probatt. fr. 2. §. 1. D. XLIX. 14. de jure fisci. Mencke theor. et prax. Pand L. XXII. tit. 9. §. 16. Brunnemann in Cod. L. IV. tit. 21. Hellfeld a. a. O. §. 14.

Digitized by Google

Wenden wir diese Grundsätze auf die Beweiskraft der Copieen, welche sich in Archiven aufbewahrt finden, an, so ergiebt sich daraus, daß selbige, selbst bei dem Mangel der Originale in dem Archive, vollkommene Beweiskraft haben müssen, falls sie von dem Archivar vidimirt oder beglaubigt sind, und daß es also darauf nicht ankommen kann, ob das Original noch vorhanden ist, oder nicht.

Aber wie, wenn eine solche Vidimation fehlt?

Hier ist zwischen alten Copieen, und neuern zu unterscheiden.

Ist nämlich die Copie alt, so kann es keinem Zweifel unterworfen seyn, daß, selbst abgesehen von ihrer Aufbewahrung im Archive, sie beweiskräftig ist, indem bei ihr das Alterthum, nach den oben ausgeführten Grundsätzen, die Vermuthung an die Hand giebt, daß sie wirklich von einem Originale, und zwar richtig genommen sey [36]); indessen wird der Grad der Beweiskraft derselben, welcher unter Umständen wohl einen halben Beweis ausmachen kann, nach den andern concurrirenden Beweisgründen ermessen werden müssen [37]).

War sie aber überdem in ein Archiv aufgenommen, und in demselben aufbewahrt gewesen, so steigt ihre Beweistüchtigkeit in einem hohen Grade. Denn dieser Umstand begründet die nothwendige Präsumtion, daß sie von einer glaubwürdigen Person verfertigt worden ist, selbst wenn dieselbe die Beglaubigung unterlassen haben sollte [38]). Die Copie hat daher dieselbe Beweiskraft, wie das Original selbst, und es kann, wegen der gedachten Vermuthung, auch darauf weiter nicht ankommen, ob das Original sich noch in dem Archive befinde, oder nicht, da es leicht denkbar seyn kann, daß die Copie von dem Archivarius gerade aus dem Grunde, weil das Original etwa durch Moder zerstört war, genommen wurde, um dasselbe zu ersetzen.

---

36) Trentacirq. Resolut. d. II. de probatt. resol. 5. nro. 9. Mynsinger Centur. VI. obs. 75. nro. 2.

37) Boehmer jus eccl. Protest. L. II. tit. 22. §. 8. Wernher P. III. obs. 68. Brunnemann Consil. 133. nro. 15. u. 41. Berger Consil. P. I. Resp. 124. Martin Comment. forens. tit. 24. §. 2. nro. 46. Anderer Meinung ist Hellfeld a. a. O. §. 15. aber irrig.

38) Myler ab Ehrenbach de princip. et stat. Imp. P. II. cap. 47. Schilter de probat. per archivum bey Wencker p. 57. Lyncker de archivo imperii bei Wencker p. 113. Mascard de probatt. Concl. 712. nro. 61.

Digitized by Google

Ist dagegen die Rede von der Beweiskraft einer neuern Copie, welche alle Tage von dem Original des Archivs genommen werden kann, und die gegenwärtig ausgefertigt worden ist, so kann dieselbe solche nicht anders haben, als wenn deren Uebereinstimmung mit dem annoch vorhandenen Originale, durch den Archivar beglaubigt worden ist [39]; wiewohl in Ermangelung dieses Umstandes dennoch für den Fall eine Ausnahme eintreten kann, wenn die vormalige Existenz des Originals außer Zweifel gestellt und bescheinigt wird, daß dasselbe nicht lange vorher durch Krieg, Brand oder andere Unglücksfälle verloren gegangen ist, und, wenn besondere Umstände an der Richtigkeit des Inhalts der Copie selbst, keine gegründete Zweifel eintreten lassen [40].

V. Ausgestrichene Worte, Rasuren, der Umstand, daß die Urkunde von mehreren Händen geschrieben ist, ferner, daß am Rande oder über die Zeilen etwas gesetzt ist, nimmt alten Archivurkunden nicht den Grad der Glaubwürdigkeit, welcher solchen Urkunden, falls sie sich in Privatbänden befunden haben würden, entzogen werden müßte [41].

Vielmehr haben dieselben so lange ihre vollkommene Glaubwürdigkeit, bis der Product bewiesen haben wird, daß jene Ausstreichungen u. s. w. wahre Verfälschungen sind, mithin, daß die Urkunde unächt und verfälscht sey [42].

Dieses erhellt aus dem Geschäftsgange. Der Referent giebt oft nur mit kurzen Worten den Inhalt einer Urkunde an (commissum), der Secretarius gießt denselben in die gehörige Form (fertigt das Concept, die Minute); nachher wird solches durch den Referenten nachgesehen, und signirt; und von diesem Concept dann die Ausfertigung, mittelst der Reinschrift

---

39) Hierauf beziehen sich die von den Gegnern angeführten Stellen: fr. 2. D. XXII. 4. de fide instrum. cap. 10. X. (Decretal. II. 22.) eod.

40) c. 5. C. IV. 21. de fide instr. v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. a. a. O.

41) cap. 6. X. (Decretal. II. 22.) de fide instrum. cap. 7. X. (Decretal. III. 37.) de religiosis domibus.

42) c. 3. X. (Decretal. II. 22.) de fide instrum. Fritsch de jure archivi. cap 7. nro. 18. 19. Leyser sp. 266. med. 6. Schröter a. a. O. S. 198. Westphal teutsches Staatsrecht. nro. 9. §. 13.

(mundum) gemacht. Das Originalconcept bleibt aber bei den Acten, und geht mit diesen in das Archiv über. Immer ist jedoch bei dieser Regel zu beobachten, daß die Urkunde ihren gehörigen Anfang und Schluß habe; eine Urkunde, bei welcher diese beiden Stücke fehlen, beweißt in der Regel nichts, da sie nur Project einer nicht vollzogenen Urkunde seyn kann.

VI. Der Abgang einiger oder aller Förmlichkeiten, welches einer alten Urkunde, falls sie sich in den Händen von Privatpersonen befinden würde, einen Grad ihrer Glaubwürdigkeit entziehen würde, wird dadurch vollkommen ersetzt, daß sie in einem Archive aufbewahrt gewesen, und aus diesem entnommen ist.

Hat mithin, nach den oben ausgeführten Grundsätzen, eine alte Urkunde nur halbe Beweiskraft u. s. w., so erhält sie durch die Annahme und Aufbewahrung im Archive eine vollkommene, indem die Vermuthung, daß sie mit den gehörigen Förmlichkeiten ausgestellt worden ist, und selbige nur verschieden sind, weil man ihre ausdrückliche Erwähnung nicht für nothwendig hielt, durch die Aufnahme in das Archiv in eine vollkommene Gewißheit verwandelt wird [43]). Dieses gilt sowohl von allen Originalen, als von allen Copieen; denn bei den letztern streitet die Vermuthung, daß sie von den beeidigten Archivaren von vorhandenen Originalen genommen worden sind, und daß dieselben die Beglaubigung nur deshalb unterlassen haben, weil ihnen dieselbe, da die Copie im Archiv bleiben sollte, unnütz schien [44]). Sie können daher auf jeden Fall nur durch den Beweis der Unächtheit unkräftig gemacht werden.

VII. Dieselbe Regel findet bei den in dem Archive aufbewahrten Lehns- Erbzins- Steuer- und Lagerbüchern u. s. w. statt, falls dieselben nur alt sind, und in eine Zeit hineinreichen, in welcher die jetzt üblichen Förmlichkeiten zu deren Anlegung entweder gar

---

43) Cujac. ad Paull. sent. recept. IV. 6. pr. Besold Thesaur. pract. v. Archivum, Registratura. Schilter probat. per archiv. bei Wencker p. 50. Lyncker de archivo imperii, ebendas. pag. 108.

44) Neveu de Windtschlee de archivis bei Wencker p. 79. fg.

nicht, oder doch nicht gleichförmig beobachtet wurden [45]).

Sie beweisen in diesem Falle die Richtigkeit der darin angezeigten Thatumstände vollkommen, und es bedarf z. B. bei den Lagerbüchern und Forstbeschreibungen aus alten Zeiten nicht der Erwähnung, daß solche mit Zuziehung der Interessenten verfaßt, oder von denselben anerkannt seyen, wie dieses bei solchen in neuern Zeiten abgefaßten, allerdings nothwendig seyn kann. Will daher jemand dieselben bestreiten, so muß er die Unächtheit oder Verfälschung derselben darthun, und kann z. B. nicht denselben die Einrede der Unwahrheit der aus dem Inhalte derselben gegen ihn zu folgernden Nachtheile entgegensetzen, und diese beweisen wollen [46]).

VIII. Archivurkunden beweisen nicht allein gegen dritte Personen, mithin auch gegen Ausländer [47]), sondern auch bisweilen für den, in dessen Namen sie ausgestellt sind.

Schon bei alten Urkunden, abgesehen von dem Archivrechte, ist als Regel anzunehmen, daß sie auch gegen dritte Personen vollkommen beweisen, und sogar, wenn in ihnen ein Umstand nur beiläufig (verbis enunciativis) ausgedrückt ist. Der Grund hiervon liegt darin, daß man unmöglich annehmen kann, sie seyen deshalb geschmiedet, um Personen, die erst lange nachher geboren wurden, und deren Existenz man nicht voraussehen konnte, Nachtheil oder Vortheil zuzuwenden. So kann sich also jemand, um eine Gränzbestimmung zu erweisen, auf eine alte Urkunde, welche zwischen zwei andern Interessenten errichtet ist, und in welcher die in Frage befangenen Gränzen nur beiläufig erwähnt sind, gültiger Weise beziehen, und sich derselben zum Beweise bedienen [48]). Weit kräftiger geschieht dies, wenn jene alte Urkunde in dem Archive aufbewahrt war, da sie dadurch einen öffentlichen Character erhalten hat.

---

45) Cujac. a. a. O. Neveu de Windtschlee a. a. O. p. 50. ibiq. alleg. 30.

46) cap. 13. X. (Decretal. II. 28.) de praescriptt.

47) Westphal a. a. O.

48) Molinaeus a. a. O. nro. 78. alleg. DD. Lyncker Vol. I. Respons. 73. p. 409. Hertius Tom. II. Decis. 782. Cothmann Consil. et Respons. Vol. II. resp. 56. nro. 78. J. H. Boehmer Decis. T. II. nro. 142. n. 16. S. auch Mynsinger Centur. V. obs. 79.

Das letztere, daß solche Urkunden auch für den beweisen, in dessen Namen oder zu dessen Vortheil sie ausgestellt sind, tritt bei den schriftlichen Aufzeichnungen ein, welche über landesherrliche Rechte von dessen beeidigten Dienern aufgesetzt, und im Archive niedergelegt worden sind.

In Bezug auf die landesherrlichen Rechte verhält sich der Landesherr nicht als Privateigenthümer, sondern nur als Verwalter derselben, und so können dergleichen Aufzeichnungen unter denselben Bedingungen für ihn geltend gemacht werden, als die Aufzeichnungen in den Lager- und andern Büchern [49]). Sind sie wirklich alt, so streitet die Vermuthung dafür, daß diese Aufzeichnungen gewissenhaft, und unter Zuziehung der Interessenten gemacht sind, wenn gleich dieses verschwiegen worden ist; sind sie neu, so muß man auf die wesentlichen Förmlichkeiten, und, ob solche beobachtet worden sind, sehen.

Alle diese Grundsätze beziehen sich nur auf Urkunden, die in öffentlichen Archiven aufbewahrt worden sind; Urkunden aus Privatarchiven beweisen gegen dritte Personen nur, was Urkunden im Allgemeinen beweisen können. Indessen nimmt man wohl mit Recht an [50]), daß die in gemeinschaftlichen Familienarchiven aufbewahrten alten Urkunden, falls sie ächt sind, zwischen den Familiengliedern vollkommene Beweiskraft haben, wogegen sie gegen andere Personen nur als bloße alte öffentliche oder Privaturkunden anzusehen sind.

---

49) Fritsch de jure archivi. c. ult. nro. 46. Myler ab Ehrensbach P. II. cap. 47. Multz de jure archivi. §. 1. nro. 15. bei Wencker p. 113. Westphal teutsches Staatsrecht. nro. 9. §. 7. Nach dem, was oben über diese Bedingungen gesagt ist, muß Leyser sp. 266. med. 7. berichtigt werden.

50) Gönner Entwurf B. I. S. 172. §. 4.

Digitized by Google

IX.

Das ädilitische Edict leidet keine Ausdehnung, und geht nicht auf alle verkaufbaren Dinge.

Von

Dr. Eduard Gans, aus Berlin.

Es scheint eine allgemeine herrschende Ansicht unserer Juristen zu seyn, und als solche hat sie auch wieder kürzlich in Glücks Commentar ihren Platz finden müssen, daß das sich ursprünglich nur auf Sklaven und Lastthiere beziehende Edict der Aedilen späterhin durch die Interpretation der römischen Juristen auf alle möglichen verkaufbaren Dinge ausgedehnt worden sey [1]). Aber nur eine geringe historische Forschung reicht hin, um darzuthun, wie völlig verwerflich diese oberflächliche Ansicht an sich sey: ja wie weder das ädilitische Edict das Ursprüngliche war, an das sich eine Ausdehnung reihen mußte, noch wie eine solche Beziehung auf alle verkaufbaren Dinge dem römischen Rechte irgend bekannt gewesen sey. Ich will, ehe ich an die eigene Ausführung gehe, die Gründe anführen, mit denen man bisher die von mir so eben als verwerflich erwähnte Ansicht zu begründen gesucht hat.

Das Edict der Aedilen, sagt man, ging unsprünglich, wie dies allgemein bekannt ist, nur auf Sklaven und Lastthiere: aber schon die Aedilen selbst hängten dem 2ten Kapitel die Klausel an, daß es de caetero pecore ebenfalls gelten solle [2]). Späterhin findet man auch Fragmente in dem Titel de aedilitio edicto, welche von der Redhibition eines fundus pestilens [3]) und von der eines mit Servituten beschwerten Grundstücks sprechen [4]). Diese Erweiterung des Edicts wird durch

1) Donellus oper. min. Ffurt. am 1589. p. 186. Glück comm. 20. Bd. 1. Abth. S. 38.

2) L. 38. §. 5. D. ht.

3) L. 49. D. ht.

4) L. 61. eodem.

Constitutionen der Kaiser bestätigt [5]), ja was endlich diese Ausdehnung des Edicts durch die Juristen auf alle möglichen Dinge am deutlichsten zeigt; gleich im Eingange unseres Titels heißt es also:

Ulpianus lib. 1. ad edictum Aedilium curulium.

Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse, tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles, aut se moventes.

„Wozu bedürfte es der Auctorität des Labeo," sagt Glück in einer höchst getreuen Uebersetzung derselben Worte des Donellus [6]), „wenn das Edict selbst schon in dem Ausdruck seiner Worte diesen Umfang gehabt hätte:" man müsse sich aber endlich durch und durch von der Richtigkeit der eben erwähnten Ansicht überzeugen, meint Glück weiter, wenn man bedenke, daß die l. 13. D. de legibus: nam ut ait Pedius, quotiens lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri aus dem libro primo ad edictum Aedilium curulium genommen sey, „was sich daher unstreitig auf die Ausdehnung dieses Edicts beziehe." Durch solche Gründe nun kömmt man endlich zu dem, wie man glaubt, völlig erwiesenen Resultat, daß die ädilitischen Klagen sich nach römischem Rechte auf alle mögliche Dinge bezögen.

Aber man kann es dreist wiederholen: nur durch ein völliges Entblößtseyn aller historischen Kenntniß hat dieser auch für die heutige Anwendung höchst schädliche Irrthum entstehen können. Fragt man nämlich, warum überhaupt die ädilitischen Klagen eingeführt worden seyen, da doch die actio ex emto zur Erlangung des Interesses überhaupt hinreichend gewesen sey, so ist die Beantwortung in der Frage zugleich mit enthalten. Eben weil die actio ex emto für den ganzen unendlichen Umfang der verschiedenen Stufenfolgen des Interesses vorhanden war, und in so fern wie Ulpian sagt zugleich auch die Redhibition mit enthielt

---

5) L. 4. Cod. de aed. actionibus.

6) Zur Ehre der Wahrheit sey es bemerkt, daß zu dem positiven Satze des Donellus l. c. neque ad id probandum quod ex edicto per se notum esset Labeonis testimonio uteretur in Glück's Comm. a. a. O. ein Fragezeichen aus eignen Mitteln hinzugethan ist.

Digitized by Google

L. 11. §. 4. de action. emti venditi.

Redhibitionem quoque contineri empti judicio, et Labeo, et Sabinus putant, et nos probamus.

konnten Klagen keineswegs entbehrlich werden, die die Unbestimmtheit des Interesses hemmend demselben eine feste Richtung gaben, und wie die redhibitorische Klage z. B. darauf gingen, das Pretium gegen Zurücknahme des Sklaven zu erstatten, oder wie die actio quanto minoris genau das zurückzugeben, was man die Fehler kennend weniger gegeben haben würde. Die Liebe zur Festsetzung des Interesses ist vorzüglich bei allen oblig. in faciendo im Röm. Recht eine überall sichtbare, und bei den Stipulationen die auf ein facere gehen, raiben die Juristen, und der Kaiser Justinianus mit einer gewissen Art von wohlmeinender Gesinnung, man möchte doch nicht versäumen, eine poena hinzuzufügen [7]).

Aber man irrt sehr, wenn man glaubt, die dergestalt zur Festsetzung des Interesses bei Sklaven und Lastthieren eingeführten Klagen der Aedilen seyen das ursprünglich erste gewesen, das nun auch der Nützlichkeit wegen auf andere Dinge ausgedehnt worden sey: Nein, gerade die umgekehrte noch von keinem vertheidigte Ansicht ist wahr: das Edikt der Aedilen selbst ist eine Ausdehnung des Civilrechts, und was sich schon von den zwölf Tafeln, und den früheren Juristen beschreibt, ja worauf sich das Edikt der Aedilen erst reibt, das will man spaßhaft genug als eine Ausdehnung desselben Edikts geltend machen.

Cicero erzählt uns nämlich, wie schon nach den 12 Tafeln der, welcher beim Verkaufe von Grundstücken die vitia praediorum geläugnet hätte, die poena dupli entrichten mußte; wie nachher aber dies von den Juristen schon auf das bloße Verschweigen ausgedehnt worden sey.

Cicero de officiis. lib. 3. cap. 16. (ed. Bip. 12. Tom. p. 137.)

Ac de jure quidem praediorum sancitum est apud nos jure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam eum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui inficiatus esset dupli poenam subiret: a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim esset praedio vitii id statuerunt si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere *).

---

7) §. 7. I. de verb. obl. (3. 16.) l. ult. D. de praet. stip. L. 68. 80. D. de verb. obl.

*) Noch gehört hierher Cicero de oratore 1. 39. Valerius Maximus. l. 8. cap. 2. §. 1.

Digitized by

Also schon in den zwölf Tafeln im Civilrechte findet man bei praediis dasselbe angeordnet, was die Aedilen späterhin auch bei jumentis und mancipiis einzuführen für gut fanden. Daß diese Ausdehnung wirklich statt fand, sagt Cicero späterhin an der eben angeführten Stelle.

Cicero l. c. (1. 139.)

Nec vero in praediis solum jus civile, ductum a natura, malitiam fraudemque vindicat; sed etiam in mancipiorum venditione fraus venditoris omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis praestat edicto Aedilium.

Die ganze Neuerung der Aedilen bestand also darin, daß sie das, was schon längst von praediis galt, durch ihr Edict auf mancipia und pecora ausdehnten, endlich aber daß sie, während nach Civilrecht ignorantia entschuldigte auch den Nichtwissenden verpflichteten (qui scire debuit) [8]). Sollte man nun etwa darin einen Anstoß finden, daß nach Civilrecht ja nur von einer poena dupli, im Aedilitischen Edict aber von etwas ganz anderem, von Redhibition die Rede war, so wird ihn vielleicht die folgende Ausführung zu beseitigen vermögen.

Wie oben gesagt worden ist, konnten die ädilitischen Klagen keinen anderen Zweck haben, als die festere Bestimmung des Interesses: Dieser Zweck fiel weg, sobald das Interesse auf irgend eine andere feste Art bestimmt war. Nun ist schon von den ältesten Zeiten her im Römischen Recht die Richtung sichtbar im Fall der Nichtleistung das Interesse auf das Doppelte des objectiven Werthes festzusetzen. So wie die poena quadrupli das höchste Denkbare war, so war die poena dupli der gewöhnliche Maaßstab Man denke nur an die actio de tigno juncto aus den 12 Tafeln, an die eben erwähnte poena dupli bei den vitiis praediorum, und die so oft verschrieene Justinianeische Constitution in der L. 1. Cod. de sententiis quae pro eo q. int. proferuntur (7. 27.) wird nicht als etwas Gewaltsames, sondern nur als die Wiederholung einer viele Jahrhunderte alten, aber nur vergessenen Ansicht erscheinen. Als die Aedilen nun, was schon längst bei praediis, ex jure civili galt, auch auf Sklaven und Lastthiere ausdehnten, mochten sie doch nicht die poena dupli der zwölf Tafeln, als eine von selbst eintretende auch bei ihren Erweiterungen geltend machen können. Alles, was sie vermochten, war zu verordnen, es könne sich jeder emptor diese poena durch eine

8) L. 1. §. 2. de aedil. edict. Cicero l. c.

Digitized by Google

duplae stipulatio von seinem venditor versprechen lassen, ja darauf klagen, daß dies geschehe.

Ulpianus lib. 1. ad Edict. curulium. l. 31. §. 20. ht.

Quia assidua est duplae stipulatio idcirco placuit, etiam exempto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat, ea enim quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire.

Trat die poena dupli aber nicht von selbst ein, so konnte es auch oft geschehn, daß sie gar nicht verlangt worden war; Deshalb die ädilitischen Klagen in dem Fall, wo keine duplae stipulatio statt gehabt hatte, damit auch hier das Interesse eine feste Richtung bekäme. Hieraus allein erklärt sich nun mit einemmale das sonst ganz dunkle Verhältniß, das zwischen der duplae stipulatio, und den ädilitischen Klagen statt findet: ausgesprochen aber selbst ist die ganze Darstellung in einer kleinen Stelle des Gajus, die hier folgt.

Gajus lib. primo ad Edictum Aedilium curulium.

Si venditor de his, quae Edicto Aedilium continentur non caveat pollicentur adversus eum ad redhibendum judicium intra duos menses: vel quanti emptoris intersit intra sex menses.

In diesem Fragmente nun ist deutlich sichtbar, was so eben gesagt worden ist: die cautio dupli ist das erste Hülfsmittel, das die Aedilen vorschlagen [9]). Ist dieses versäumt worden, nun so geben sie in subsidium eine redhibitorische und eine ästimatorische Klage.

Aber nicht allein aus der oben angeführten Stelle des Cicero läßt es sich darthun, daß das Edikt der Aedilen nur eine Ausdehnung des Civilrechts war, auch Pandectenstellen thun dies auf eine fast unumstößliche Weise dar.

Ulpianus lib. 32. ad Edictum. L. 37. §. 1. de evictione (21. 2.)

Quod autem diximus duplam promitti oportere sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemptibile veniat. Per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor jubetur.

---

9) l. 31. in f. de evict. (21. 2.) alioquin stipulatio, quae ab Aedilibus proponitur.

Digitized by Google

Zwar redet die Stelle überhaupt nur von der auch wegen der Eviction aller kostbaren Dinge üblichen duplae stipulatio, das Ende derselben zeigt aber augenscheinlich, wie die im Edict, zugleich auf Eviction und Gewährung der Mängel gehende cautio dupli, nur eine spätere Erweiterung des Civilrechts gewesen ist.

Ja sogar die schon oben citirte, von Glück als der stärkste Beweis einer Ausdehnung des Edikts vorgeblich angekündigte L. 13. D. de legibus (1. 3.) ist umgekehrt das Sprechendste, was nur für die hier eben aufgestellte Ansicht angeführt werden könnte: die Stelle ist allerdings aus dem libro 1. Ulpiani ad Edictum Aedilium curulium genommen, das beweist noch für keinen etwas: es wird aber drin gesagt, quotiens lege aliquid introductum est bona occasio est caetera vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri, und das beweist denn eben an diesem ominösen Orte auf das stärkste, nicht etwa daß das ädilitische Edikt ausgedehnt ward, sondern daß die lex, d. h. das Civilrecht durch die jurisdictio, d. h. die Macht der Aedilen supplicirt worden ist. Wahrscheinlich stand diese Stelle im Eingange des Ulpianischen Werkes ad Edictum Aedilium curulium, und er wollte nur generaliter andeuten, wie sich auch hier wieder die jurisdictio an die lex gereibt habe.

Scheint es aber nun ausgemacht zu seyn, daß das Edikt der Aedilen ein Anreiben an das Civilrecht war, so mußte sich von selbst schon dasselbe auch über diejenigen Gegenstände erstrecken, worüber Verordnungen des Civilrechts vorhanden waren, und so konnte denn Ulpian mit großem Rechte sagen: Labeo scribit Edictum Aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles aut se moventes, d. h. nicht, jetzt geht das Edict, das ursprünglich nur auf Sklaven und Lastthiere gieng, durch die Ausdehnung der Juristen auf alle Dinge, sondern die Gegenstände, die jetzt, nachdem das Edikt auch von servis und jumentis spricht, darunter stehen, sind sowohl res immobiles, mobiles und se moventes (die 3 Grundeintheilungen aller Dinge überhaupt). Hätten die Juristen das Edikt ausgedehnt, wie könnten überhaupt die res soli voranstehen, wie könnte Labeo sagen, das Edict enthalte dies alles, da dies doch nur eine Ausdehnung der Juristen ist Aber auch im ganzen Titel de aedilitio edicto findet sich bis auf die permutatio, die immer zur venditio herangezogen wurde, keine Spur einer solchen Ausdehnung. Mit Aengstlichkeit scheinen die Juristen die Gränzen des Ediktes überall zu bewahren, lassen nur die actio ex emto zu, wo das Edict die Redhibition ver-

Digitized

sagt [10]); und dennoch sollten sie auf eine unerhörte Weise das ursprünglich enge Edikt so stark wie nur immer möglich erweitert haben; wie hätte nicht, wenn das Edict jetzt auf alle verkaufbare Dinge ginge, nothwendigerweise auch im Titel de aedilitio Edicto von vielen Dingen und ihren Eigenschaften die Rede seyn müssen. So aber spricht er nur von mancipiis, pecoribus, und fundis: das letzte nun macht keine Schwierigkeit. Es ist gezeigt worden, wie bei fundis schon vor dem Edikte die vitia nach Civilrecht prästirt werden mußten, auch ist gerade die Stelle, die davon spricht, nicht aus dem libro ad Edictum Aedilium curulium, sondern aus den libris Disputationum des Ulpians [11]). Daß aber bei ihnen nun auch Redhibition statt fand, wo doch eine poena dupli nach Civilrecht von selbst eintrat, ist ebenfalls leicht erklärlich. Indem das Edikt, wie gezeigt worden ist, die Redhibition nothwendigerweise einführen mußte, sich aber mit der cautio dupli an das Civilrecht anschloß, durften nun die neueren ädilitischen Klagen auf das ihrer nicht ganz bedürfende Civilrecht zurückgezogen werden, und so konnte denn Ulpian in der eben angeführten Stelle sagen:

> Etiam in fundo vendito redhibitionem procedere nequaquam incertum est: veluti si pestilens fundus [12]) distractus sit: nam redhibendus erit.

Daß auch das Edikt, wie im Eingange des Titels gesagt wird, res mobiles unter sich hat, geht auf die Peculien und und Accessionen der Sklaven, wegen deren es ja auch Redhibition giebt.

Das kurze praktische, noch heute höchst wichtige Resultat dieser historischen Untersuchung ist nun das: die redhibitorischen Klagen geben nur auf Sklaven, Thiere und Landgüter nebst ihren Accessionen, und Pertinenzien. Bei allen übrigen Dingen findet kein Zurückgeben (redhibitio), sondern nur eine unbestimmte Klage auf Schadensersatz (actio emti) statt *).

---

10) L. 1. §. 9. 10. L. 4. pr. h. t.

11) L. 49. D. ht. L. 61. ht. ist aus dem libro 80. ad edictum.

12) Grade von einer pestilens aedes spricht auch Cicero l. c. p. 138

*) Eine vollkommene Bestätigung der ganzen hier aufgestellten Ansicht ist noch zu finden in Theophilus Paraphr. ad J. de divisione stip. (3. 13.)

Digitized by Google

X.

Beiträge zur Lehre vom Beweise durch Sachverständige.

Von Mittermaier.

§. 1.

Es ist eine bekannte Klage der Rechtsgelehrten und Richter, daß die Gesetze so lückenhaft die bei den Gerichtshöfen so häufig vorkommende Lehre vom Beweise durch Sachverständige behandelt, und daß auch die Rechtslehrer ihr nicht die verdiente Aufmerksamkeit geschenkt haben. Im römischen Processe scheinen die Sachverständigen oft als bloße arbitri zugezogen, oder als Zeugen behandelt worden zu seyn; allgemeine Grundsätze über die Beweisführung durch sie sucht man vergebens in den Gesetzen, in welchen zwar einzelne Arten angeführt werden, aber mehr in außergerichtlichen Geschäften, und nicht in Processen vorkommend [1]). Das canonische Recht erwähnt eben so der Sachverständigen [2]), jedoch ohne nähere Regeln über die Beweisführung zu liefern, und bei den geistlichen Gerichten des Mittelalters scheint kein gleichförmiger Gebrauch sich gebildet zu haben. Die älteren Commentatoren handeln davon kurz [3]) im Titel: de requisitione consilii, und sprechen da-

1) Man vergleiche die St[illegible]n, auf die man sich bezog, tit. Dig. si mensor. fals. mod. dixerit. L. 1. D. de inspic. ventr. L. 3. Cod. fin. reg. L. 6. Cod. de secund. nupt. nov. 7. cap. 3.

2) C. 4. 14. X. de probat. C. 6. X. de frigid. et malefic. C. 8. X. de hom.

3) G. Durand specul. jur. (Francf. 1592.) tom. II. p. 405.

Digitized by Google

von, daß die Parteien schriftlich 10 oder 12 Sachverständige im Processe anzeigen sollten, aus welchen der Richter die beizuziehenden wählt, während nach einem andern Gebrauche die Parteien blos jene Sachverständigen der Gegend dem Richter anzeigten, welche sie recusiren wollten, worauf der Richter aus nicht verworfenen wählte [4]). In den Reichsgesetzen kommen keine Bestimmungen vor, in ziemlich allgemeinen Ausdrücken spricht zwar die peinliche Gerichtsordnung von den Wundärzten als von Zeugen [5]), die Cammergerichtsordnung von 1555 [6]) bestimmt nur die Eidesformel für die beizuziehenden Sachverständigen. Von den älteren Rechtslehrern, und gerade auch von den Cameralisten, werden die kunstverständigen Richter, und ihre Aussprüche sententiae genannt [7]). In einigen älteren Proceßordnungen werden die Sachverständigen ausdrücklich Zeugen genannt [8]) und als solche behandelt.

Erst neuere Rechtslehrer [9]) und neuere Proceßordnun-

---

4) Mit Unrecht würde man auf die Schriftenvergleichung, als auf eine Art des Beweises durch Sachverständige, sich berufen; die Gesetze wissen nichts von einer solchen, durch Schreibkunstverständige veranstalteten Vergleichung im gewöhnlichen Sinne. s. Goldschmidt Abhandlungen aus dem Civilproc. nr. IX.

5) Art. 147. C. C. C.

6) I. Thl. §. 85.

7) Mynsinger obs. cameral. cent. VI. obs. 35. Berlich concl. 59. nr. 35. Mevius p. III. dec. 215.

8) Jus prov. Wurtemberg. p. I. tit. 51. Ord. jud. Goth. c. 10. §. 40.

9) Claproths ordentl. Proc. II. Thl. S. 380. Danz Grundsätze des ord. Proc. §. 350. Grolman Theor. des ger. V. §. 84. Gönner Handb. des bürgerl. Proc. II. Bd. nr. 45. Martin Lehrb. des b. Pr. §. 123. u. 207. Schneider vollst. Lehre v. rechtl. Beweise. S. 102. 315. 438. Globig Vers. einer Theorie der Wahrscheinlichk. II. Thl. S. 204. Gensler im Archiv f. civil. Praxis. I. Bd. I. H. S. 40.

Digitized by Google

gen [10]) haben die Lehre einer umsichtigen und bessern Behandlung gewürdiget. Immer aber glaubte man, daß sich alles um die Frage drehe: ob Sachverständige als Zeugen, oder als Gehülfen des Richters behandelt werden dürften, und jeder Rechtslehrer, welcher einer oder der anderen Ansicht huldigte, glaubte alle einzelnen Fragen nach diesem angenommenen Principe entscheiden zu können, wobei man sich noch mit der Vorfrage quälte, ob Sachverständige als Beweismittel betrachtet werden dürften [11]). Dem Verfasser dieser Abhandlung scheint es aber, daß die ganze Lehre eine viel einfachere Ansicht gewinne, wenn man nur genauer die zwiefache Art, auf welche die Sachverständigen [12]) im Processe vorkommen, unterscheidet.

§. 2.

Betrachtet man die verschiedenen Fälle, in welchen man sich in gerichtlichen Streitigkeiten der Kunstverständigen bedient, so kommen A) Fälle vor, in welchen die Parteien gewisse Thatsachen behaupten, deren Beweis durch bloße sinnliche Wahrnehmung von Personen, die, ohne kunstmäßige Bildung, nur mit ihren gesunden Sinnen beobachten, nicht hergestellt werden muß, wenn der Richter entscheiden soll, da der erhobene Anspruch nur von der Wahrheit dieser relevanten Thatsache ab-

---

10) Preußische Gerichtsordnung Titel X. Abschn. VI. Oesterreich. Gerichtsordnung Cap. XVII. Novak der gerichtl. Beweis. S. 287. Code de procedure civile. titr. XIV. und darüber Merlin recueil alphab. de questions de droit tom. IV. voce: experts. Le practicien français t. II. p. 225. v. Dalwigk Handb. des franz. Civilproc. I. Bd. III. Abthl. S. 110.

11) Nach Gönner l. c. sind sie keine Beweismittel. s. dagegen Martin Lehrb. §. 207. not. m. Gensler im civ. Arch. S. 41.

12) Eine sonderbare Ansicht hat Globig l. c. S. 212. wenn er sagt: „die Entscheidung der Sachverständigen beruht auf nicht viel besseren Stützen, als die vormaligen Ordalien.“

Digitized by Google

hängt, z. B. wenn jemand behauptet, daß das gekaufte Pferd lungenritzig sey, oder daß das novum opus Schaden bringe, oder wenn Ehescheidungsklage ob inpotentiam erhoben, oder wegen behaupteter Geisteskrankheit einer Person ein Rechtsgeschäft umgestoßen werden soll. Die behauptende Partei ist in diesen Fällen zum Beweise dieser Thatsache verpflichtet, und der Richter muß durch sein Beweisinterlocut demjenigen, den die Beweislast trifft, den Beweis auf die nämliche Art auflegen, wie er den Beweis irgend einer andern Thatsache, die durch Urkunden oder Zeugen zu beweisen ist, auflegt; es kümmert dabei den Richter nicht, daß der Beweis der Thatsache durch die gewöhnlichen Beweismittel nicht zu führen ist; er verlangt einmal den vollständigen Beweis, wenn er dem Behauptenden seine Forderung zusprechen soll. Es ist hier Sache der beweispflichtigen Partei, sich um Beweise ihrer Behauptung umzusehen; da aber die Thatsache von der Art ist, daß über ihr Daseyn nur eine mit den zur Auffindung derselben nöthigen Kenntnissen versehene Person entscheiden kann (ein Sachverständiger), so muß die Partei an diesen sich eben so wenden, wie sie es in Fällen thut, in welchen sie zum Beweise leicht mit bloßen Sinnen erkennbarer Thatsachen sich auf Personen, die darüber aussagen können (auf Zeugen), beruft. In diesen Fällen sind die Sachverständigen unbezweifelt wahre Beweismittel, sie dienen dazu, die Wahrheit einer streitigen Thatsache, deren Beweis einer Partei im Gerichte obliegt, herzustellen; und sie erscheinen hier, wie Zeugen; sie bedienen sich, wie die Zeugen ihrer gesunden Sinne, ihrer kunstmäßig gewaffneten Sinne, um über das Daseyn der streitigen Thatsache, oder die Wahrheit der Behauptung zu entscheiden [13]). Wenn

---

13) Wenn darüber die Frage war, ob das Pferd braun war, so kann jeder Zeuge ein glaubwürdiges, blos auf seine Sinne gebautes, Zeugniß ablegen; ist nun die Frage, ob das Pferd lungenritzig war, so entscheidet der Pferdarzt eben so leicht über diesen Umstand, als der Zeuge über die Farbe. Beide sind die Mittel, die Wahrheit von zwei Thatsachen herzustellen.

Digitized by Google

man zwar auch die Verschiedenheiten der Kunstverständigen und der Zeugen [14]) nicht verkennt, so wird dadurch die Wahrheit des Satzes nicht erschüttert: daß in allen Fällen, in welchen eine beweispflichtige Partei den Richter von der Wahrheit einer zu ihrem aufgelegten Beweise gehörigen Thatsache überzeugen will, wenn die Thatsache nur durch Kunstkenntnisse herzustellen ist, die von der beweispflichtigen Partei hierzu gebrauchten Sächverständigen in Ansehung des Verfahrens eben so zu betrachten sind, als wenn die Partei durch Zeugen zu beweisen hätte. Nur dies will man durch die Behauptung, daß sachverständige Zeugen seyen, ausdrücken; an eine völlige Gleichstellung beider hat Niemand gedacht, und in diesem richtigen Sinne genommen, sind die Verschiedenheiten beider ohne Einfluß [15]).

B) Dagegen kommen andere Fälle im Processe vor, in welchen erst wenn es zur Urtheilsfällung kömmt, gewisse Fragen, die nur ein Sachverständiger beantworten kann, oder technische Meinungen für den Richter eine Bedeutung erhalten, so daß er ohne ihre richtige Kenntniß, und gleichsam ohne ihre Vorentscheidung ein umfassendes und sicheres Endurtheil nicht fällen kann; dies ist a) oft der Fall, wo im Laufe des Processes eine solche Frage gar nicht sich aufdringt, und wo erst durch die Beweisführung der Partei, z. B. wenn durch Urkunden bewiesen ist, die Frage sich ergiebt, was häufig beim Beweise durch alte Urkunden, und bei der Ahnenprobe vorkömmt, z. B. eine Partei producirt eine alte Urkunde, an welcher sich kein Siegel oder keine Unterschrift befindet, und es entsteht die Frage, ob, nach dem damaligen Gebrauche beurtheilt, die Urkunde als

---

14) Claproth Grundf. des ordentl. Proc. §. 333. Gönners Handb. des Proc. II. Bd. S. 443.

15) Zu weit ist es getrieben, wenn Schneider §. 186. jeden, der als Sachverständiger aufgefordert ist, verpflichtet, sein parere abzugeben, und ihn nur in den Fällen davon befreit, in welchen er auch als Zeuge sein Zeugniß verweigern dürfte.

Digitized

Original und als vollbeweisend betrachtet werden könne. Hier bedarf es des Gutachtens eines mit der Diplomatik wohl vertrauten Mannes [16]). b) Auch bei dem durch Zeugen geführten Beweise können sich solche Fälle ergeben, z. B. wenn die Partei behauptete, daß der Testator zur Zeit der Testamentsverfertigung wahnsinnig gewesen sey, und durch Zeugen verschiedene den Wahnsinn herstellende Umstände beweiset. Hier wird oft, wenn es zum Urtheile kömmt, die Frage wichtig: ob unter den durch die Zeugen erwiesenen Umständen oder den Verhältnissen der Krankheit noch eine vernünftige Handlungsweise denkbar sey? Selbst über scheinbare Nebenumstände, z. B. über die Möglichkeit gewisser Behauptungen können Fragen an Sachverständige nothwendig werden. c) Auf gleiche Art macht häufig der eingenommene richterliche Augenschein erst ähnliche Fragen, die nur von Technikern beantwortet werden können, aber beantwortet seyn müssen, wenn entschieden werden soll, wichtig, z. B. bei Mühlenstreitigkeiten, ob unter den erwiesenen Umständen die Legung des Fachbaums wirklich schädlich sey; eben so auch oft bei Bergwerksstreitigkeiten über das Recht der Vierung. 3) Endlich können selbst, wenn die Parteien schon durch Sachverständige bewiesen haben, dem Richter noch Fragen sich aufdringen, ohne die er nicht entscheiden kann; z. B. ob aus den von den Sachverständigen angegebenen Merkmalen und ihren Gründen wirklich impotentia folge, in welcher Art die erwiesene Geisteskrankheit Einfluß habe, oder z. B. Fragen über Früh- und Spätgeburten. In allen diesen Fällen bedarf es keines neuen Beweisinterlocuts an die Partei; es ist hier nicht mehr von der Wahrheit einer zum Beweissatze der behauptenden Partei gehörigen Thatsache die Rede, aber es ist eine Vor-

---

16) Ein ähnlicher Fall kömmt oft vor, wenn bei der Ahnenprobe durch alte Wappen jemand darthun will, daß ihm der Adel zustand; wenn es nun zum Urtheile kömmt, entscheidet die Vorfrage: ob das producirte Wappen nach den Regeln der Heraldik als ein adliches zu betrachten sey.

Digitized by Google

frage da, bei welcher es zwar nur auf Reflexion ankömmt, und die daher nicht mehr in das Gebiet der Beweisführung durch die Parteien, sondern in das Gebiet der richterlichen Thatigkeit gehört [17]). Es betrifft hier eines der Mittelglieder, durch welches der Richter zu seinem Endurtheile kömmt; strenge genommen ginge die Aufsuchung des Mittelsatzes auch nur den Richter an [18]), aber der gewissenhafte Richter erkennt, daß seine rein juristischen Kenntnisse (daß der Richter auch noch Kenntnisse in andern Fächern habe, ist nur Nebensache und Zufall, auf den das Gesetz nicht rechnet) nicht zur sichern Beantwortung solcher Vorfragen hinreichen, und er adjungirt sich daher andere mit den nöthigen Kenntnissen versehene Personen, und fällt erst nach ihrem Vorausspruche sein Urtheil. In allen solchen Fällen, in welchen Sachverständige nur zum Zwecke richterlicher Aufklärung, der nöthigen Klarheit, und der Berichtigung einzelner zweifelhafter, zur Entscheidung gehörigen technischen Fragen nothwendig werden, sind sie Gehülfen des Richters, deren er sich bei dem Geschäfte der Entscheidung bedient; und störend wäre es, auch in solchen Fällen die Kunstverständigen als Zeugen zu betrachten [19]). Nur die Un-

---

17) Daß Sachverständige ex officio vom Richter zu jeder Zeit zur Infamation befragt werden dürfen, lehrten auch alle älteren Juristen. Berlich concl. p. I. concl. 47. nr. 3. Brunnemann proc. civ. c. 22. nr. 5. Berger elect. discept. tit. 28. obs. 1. nr. 3. Schorch ICt. Erford. sent. 39. nr. 8. et sent. 227.

18) Man bemerkt daher, daß oft in Gerichtshöfen in solchen Fällen, z. B. wenn über alte Urkunden oder Wappen, auch selbst über Früh- oder Spätgeburten, Streit entsteht, die Richter selbst nach einer oft sehr willkührlichen Ansicht die Vorfrage, z. B. durch Allegirung von Stellen aus Compendien ꝛc. entschieden.

19) Man sieht leicht, daß man in diesen Fällen der zweiten Art auch gar nicht vom Beweise durch Sachverständige sprechen sollte.

suchung dieser zwei Fälle (A. B) macht es leicht, die einzelnen schwierigen in dieser Lehre vorkommenden Controversen zu entscheiden, von welchen die Streitigkeit, ob die Sachverständigen auch innerhalb des peremtorischen Beweistermins zu vernehmen seyen, mit Anwendung dieser Distinction richtig von Gensler [20]) entschieden worden ist.

§. 3.

Schon die am häufigsten hier vorkommende Frage: wer die Sachverständigen in jedem Falle wähle? wird leicht darnach beantwortet. Nach der älteren Kammergerichtspraxis scheinen beide Parteien eine gewisse Zahl von Sachverständigen vorgeschlagen zu haben, aus welchen das Gericht dann wählte. Die spätere Praxis in den deutschen Territorien war sich nie gleich. Nach Einigen [21]) sollten die Sachverständigen vom Richter nur gewählt werden, wenn die Parteien nicht einig waren, während Andere [22]) dem Richter rathen, in jedem Falle, wenn jede der Parteien einen Kunstverständigen gewählt hat, einen dritten beizuziehen [23]). Betrachtet man die Sachverständigen unbedingt als Gehülfen des Richters, so sollten sie nur vom Richter ernannt werden [24]); aber die Verfechter dieser Meinung erkannten selbst die Unausführbarkeit der Ansicht, und forderten daher, daß jede Partei eine gleich große Zahl von Kunstverständigen ernenne, und daß der Richter eben so viel, als jeder Theil, erwähle. Unterscheidet man aber genauer, so kann in den Fällen der ersten Art nur derjenige, welchem der Beweis

---

20) Gensler im Archive für civil. Praxis. I. Bd. I. Heft S. 39.

21) Gail observ. obs. III. nr. 2. J. N. Fink de judicio perito. (Argentor. 1673.) pag. 15.

22) A. Fl. Rivinus de judic. peritor. p. 11.

23) Aus der Besorgniß des Irrthums will auch Globig Theor. d. Wahrscheinl. S. 207. immer drei Sachverständige.

24) Daher auch Gönner im Handbuch l. c. S. 439.

Digitized by Google

aufgeladen ist, auch die Sachverständigen benennen, eben so wie er in andern Fällen seine Zeugen benennt, denn er ist beweispflichtig, er muß daher seine Beweismittel dem Gerichte anzeigen. Schwieriger aber ist die Frage: ob auch der Product Sachverständige von seiner Seite benennen dürfe? Nach Gönner [25]) soll er dies nach dem im Processe oft unrichtig angewendeten, ohnehin nur halb wahren Grundsatze von der Gleichheit der Rechte beider Parteien dürfen; nach Martin [25]) soll der Product statt der Fragstücke das Recht haben, nach den Gesetzen [26]) Kunstverständige vor dem Productionstermine zu benennen. Allein wenn auch der Satz überhaupt richtig ist, so kann man doch den Gründen Martins nicht beistimmen. a) Die Analogie von den Fragstücken kann nichts entscheiden; denn durch die Interrogatorien nöthigte der Product den Zeugen, über die Umstände sich näher zu erklären, und erhält dadurch ein Mittel, zu prüfen, in wie ferne der Zeuge blos unterrichtet ist vom Gegner, oder die Wahrheit sage, vorzüglich aber dienen Interrogatorien, bei mehreren Zeugen schneller den Widerspruch zu entdecken, und die Zeugen zu zwingen, über Umstände auszusagen, in deren Widerspruche der bestochene Lügner sich am schnellsten zeigt.

b) Eben so wenig paßt die Gesetzesstelle; denn darin ist nicht von einem anhängigen Rechtsstreite, und von der Pflicht einer Partei, eine Thatsache zu beweisen, die Rede, sondern es handelt sich nur um eine Schätzung, die nach einem billigen Anschlage gemacht werden soll, um einem Streite auszuweichen, und deutlich ist nur von arbitris die Rede, die, wie es heißt, jeder Theil vorschlagen darf, was sich bei Schätzungen wohl leicht begreift, weil die Begünstigung der einen Partei, wenn nur ihr klug erwählter und von ihr instruirter Schätzmann allein entschiede, zu offenbar wäre.

---

25) l. c. S. 439.

25) Martins Lehrb. des bürgerl. Proc. §. 209.

26) Martin führt L. 6. Cod. de secund. nupt. an.

Digitized by Google

Einfacher müßte die Sache auf folgende Art erscheinen. Der Producent benennt, wie er sonst seine Zeugen benennt, auch seine Sachverständigen, um den ihm aufgelegten Beweis zu führen; so wie nun der Product auch Gegenbeweis durch Zeugen führen darf, so muß ihm auch der Gegenbeweis gegen den Beweis durch Sachverständige erlaubt seyn, und diesen führt er durch Sachverständige, welche er vorschlägt, und welche als Gegenbeweiszeugen zu betrachten sind; diese Gegenbeweissachverständigen sollten zwar erst vernommen werden, wenn die ersten Sachverständigen ihre Aussage geliefert haben; allein nach dem Principe des Zeitersparens, und da die Beobachtung den nämlichen Gegenstand betrifft, zieht man sie sogleich in dem nämlichen Termine bei, und läßt sie gemeinschaftlich beobachten. Es ist eine unrichtige Vorstellung, wenn man glaubt, daß diese Sachverständigen, welche beide Parteien erwählt haben, erst mit einander das corpus peritorum artis bilden, und sich einander ergänzend ihr Gutachten abgeben. [27]).

Eben so unrichtig ist es, wenn man dem Richter gestattet oder sogar befiehlt, auch nach dem gemeinen Rechte zu den von den Parteien benannten Sachverständigen eben so viel Sachverständige seiner Seits zu ernennen; theils enthält keine Stelle im gemeinen Rechte eine solche Bestimmung, selbst die bessere Praxis ist dagegen, und erlaubt erst da dem Richter, Sachverständige zu benennen, wenn ein Widerspruch da ist [28]). Es liegt diesem behaupteten Rechte des Richters eine falsche Vorstellung zum Grunde; denn man denkt sich dabei die Sachverständigen, welche jeder Theil vorschlägt, als parteiisch, indem man erwartet, daß jede Partei ein ihr gewogenes Subject benennen werde [29]); führt man aber diese Ansicht consequent

---

27) So sieht Schneider, Lehre vom Beweise, §. 183. die Sache an.

28) Martin Lehrbuch des bürgerl. Proc. §. 209. not. d.

29) Gönner in den Motiven zu dem Entwurfe eines Gesetzbuchs in bürgerl. Streitigk. S. 418.

Digitized by Google

durch, so müßte nur die Aussage des vom Richter benannten Sachverständigen, der allein unparteiisch wäre, als glaubwürdig betrachtet werden, und dann erschienen die übrigen Sachverständigen als überflüssige Personen, oder doch so, daß im Falle eines Dissenses nur die Aussage des vom Richter aufgestellten Kunstverständigen entschiede. Auch der andere oft angegebene Grund, daß es nothwendig sey, im Falle differenter Meinungen leichter eine entschiedene Majorität für eine Meinung zu erhalten, ist unzureichend, da er sich auf den Glauben stützt, daß nur die Stimmenmehrheit im Falle des Widerspruchs unbedingt entscheide, was aber, wie unten §. 7. zu zeigen seyn wird, unrichtig ist. Dies Recht des Richters, in allen Fällen einen dritten Sachverständigen seiner Seits beizuziehen, widerspricht selbst einer richtigen Ansicht von der Beweisführung der Parteien; Sachverständige sind, wie oben gezeigt, die Beweismittel, deren sich die beweispflichtige Partei bedient, und es ist kaum zu begreifen, wie man je dazu kommen kann, dem Richter das Recht zu geben, der Partei ein Beweismittel aufzudringen, und ihr zu gebieten, durch eine gewisse Person zu beweisen. Ganz auf andere Weise entscheidet sich die Frage: wer die Sachverständigen beiziehe, in Fällen der zweiten Art. §. 2. B. In diesen kann kein Zweifel übrigen, daß nur der Richter sich seine Sachverständigen, seine Gehülfen benenne; in Fällen wichtiger Art, wenn es auf Fragen ankömmt, die in den Wirkungskreis der Staatsbehörden einschlagen, z. B. in ärztlichen Gegenständen, wird der Richter ohnehin die Aufschlüsse von dem angeordneten Collegio der Kunstverständigen einholen, in anderen Fällen wird man es ihm nicht verwehren können, irgend eine Person, die er für erfahren hält, z. B. einen berühmten Diplomatiker, um Aufschlüsse aufzufordern. Man würde hier auch mit Unrecht glauben, daß den Parteien dadurch ein Recht entzogen würde, wenn sie nicht die Sachverständigen wählen dürften, denn die Fälle selbst sind durchaus anderer Art, als die ersten; a) strenge betrachtet gehört die Erörterung der Vorfrage, wegen welcher die Sachverständigen aufgefordert werden,

blos in das Gebiet richterlicher Reflexion; es betrifft kein thatsächliches Verhältniß, um dessen Beweis es sich frägt, sondern blos die Beurtheilung ist in Frage. Hier muß das Geschäft des Richters, welcher nach erwiesenen Thatsachen unter die Gesetze subsumirt, mit allen Operationen, um die zur endlichen Subsumtion nothwendigen Mittelsätze herzustellen, als ein Continuum gedacht, und alles auch nur dem Richter überlassen werden. Es ist blos ein Zusammenwerfen der verschiedenen Fälle, und der Glaube, daß immer von Beweisführung durch Sachverständige die Rede sey, so oft Sachverständige im Processe vernommen werden, wenn man unbedingt den Parteien das Recht, die Sachverständigen zu wählen, einräumt [30]). b) Die Parteien haben aber auch in diesen Fällen keinen Grund, zu befürchten, daß ein ihnen nachtheiliger Sachverständiger gewählt werde, da nicht der Producent ihn benennt, sondern der Richter es thut, und dadurch die Furcht, daß ein parteiischer Kunstverständiger beigezogen sey, wegfällt, um so mehr, als für den Richter die Vermuthung der Unparteilichkeit spricht, und der Partei es möglich gewesen wäre, den Richter zu recusiren, wenn sie an der Unparteilichkeit zweifelte. c) Es erscheint sogar thöricht, wenn man den Parteien das Recht geben will, dem Richter seine Gehülfen zu bestimmen, und daß die Sachverständigen in den hier bezeichneten Fällen als solche anzusehen sind, unterliegt keinem Zweifel [31]). d) Eine Beschwerde

---

30) Betrachte man z. B. den Fall, wenn der Richter wegen des Siegels, der Urkunde, wegen des Wappens u. a. Zweifel hat, und Sachverständige befragt. Wo ist denn hier von einer Beweisführung die Frage: Wie oft müssen in technischen Gegenständen, z. B. in Bergwerksstreitigkeiten Gutachten wegen einer technischen Frage gefordert werden, wo Niemand daran denkt, durch die Parteien das zu befragende Collegium benennen zu lassen.

31) v. Gönner in den Motiven zum Entwurfe eines Gesetzbuchs S. 418. sagt selbst: wo öffentlich im voraus bestellte Experten da sind, fällt die Benennung der Sachverständigen durch die Parteien hinweg.

Digitized by Google

der Parteien über Parteilichkeit wird aber noch mehr vermieden, wenn, wie in solchen Fällen auch geschieht, den Parteien blos zur Nachricht eröffnet wird, daß man sich von Seiten des Gerichts veranlaßt gefunden habe, zur Einholung eines Gutachtens über die (zu bezeichnende) Frage die (namentlich anzugebenden) Sachverständigen aufzufordern [32]), wodurch den Parteien die Möglichkeit im Falle des Verdachts zu recusiren, eröffnet wird.

§. 4.

Was die Frage: in wie fern Sachverständige wegen Verdachts von den Parteien verworfen werden können, betrifft, so war hier die Praxis weniger als bei Zeugen strenge, indem man sich darauf berief, daß eine Partei leicht andere Kunstverständige, aber nicht leicht andere Zeugen aufbringen könne [33]). Auffallend unrichtig aber war es, wenn man [34]) über die Verdächtigkeit der Sachverständigen im Processe einen besondern Incidentstreit zuließ, und oft den Parteien erst noch auftrug, den vorgebrachten Verdachtsgrund zu bescheinigen. Unterscheidet man die zwei Hauptfälle (§. 2.), so kann A) in allen Fällen der ersten Art, wenn die Parteien durch Sachverständige beweisen, ihnen nicht verweigert werden, die vorgeschlagenen Sachverständigen nach den Gründen, welche die Zeugen untüchtig oder verdächtig machen, zu verwerfen, d. h. ihre Ein-

---

32) Es braucht auch dies nicht in allen Fällen zu geschehen; die Beurtheilung, wenn es nothwendig ist, muß dem Richter überlassen seyn.

33) Gönners Handb. d. Proc. II. Bd. S. 442.

34) Es ist dem Verf. ein Fall bekannt, wo eine Facultät, nachdem die Parteien über die Zulassung eines Sachverständigen, der als Handwerksmann für eine Partei öfter gearbeitet hatte, schon ein Jahr lang gestritten hatten, darauf interloquirte, daß der angegebene Verdachtsgrund binnen 14 Tagen bewiesen werden sollte.

Digitized by Google

wendungen dagegen dem Gerichte vorzulegen; ein Auftrag von Seiten des Gerichts, den Verdacht zu beweisen, ist aber unnöthig. Ergiebt sich aus den von der Partei vorgebrachten Gründen, daß der Sachverständige untüchtig ist, so wird er, wie man einen Zeugen nicht zuläßt, nicht zum Augenscheine zugelassen, sondern der Partei aufgetragen, einen andern vorzuschlagen. Zeigt sich aber aus dem vorgebrachten Grunde, daß er nur als verdächtig zu betrachten sey, so läßt man ihn zum Beweise wie einen verdächtigen Zeugen zu, und der Richter prüft erst am Ende bei der Würdigung der Beweise, die Glaubwürdigkeit der Sachverständigen und den Einfluß des Verdachtsgrundes. Man behauptet zwar [35]), daß ein verdächtiger Sachverständiger gar nicht vernommen, sondern sogleich verworfen werden sollte; der Grund dieser Behauptung liegt in der Anwendung der Grundsätze von der Recusation eines Richters, und ist irrig; man kann aber auch die Behauptung nicht billigen, da a) sonst ein zu langer Incidentstreit zu besorgen wäre, indem jede Partei in der Regel den Sachverständigen der Gegenpartei als verdächtig erklärt, und bei jedem neuen Vorschlage die Behauptung wiederholt, so daß ein beständiger Streit der Parteien über ihre wechselseitig vorgeschlagenen Kunstverständigen vorauszusehen, und zuletzt zu besorgen wäre, daß man z. B. in einer kleinen Stadt, wo man der Sachverständigen nicht so viele hat, keine Sachverständige mehr fände. b) Auch die richtige Analogie vom Zeugenbeweise spricht dagegen.

B) In allen Fällen der zweiten Art, in welchen der Richter sich die Sachverständigen als Gehülfen zuzieht, kann man das Recht der Parteien, die Sachverständigen zu verwerfen, nur nach den Grundsätzen der Recusation der Gerichtspersonen zulassen, und hier mag man behaupten, daß ein auch nur als

---

35) Gönner in den Motiven zum Gesetzb. S. 415. findet darin auch einen Grund der Verschiedenheit der Zeugen und der Sachverständigen.

Digitized by Google

verdächtig recusirter Sachverständiger vom Richter verworfen werden müsse.

§. 5.

Das Verfahren bei Anwendung von Sachverständigen im Processe wird leicht nach dem oben gemachten Unterschiede der zwei Hauptfälle (§. 2.) bestimmt. A) In allen Fällen, in welchen Sachverständige nicht als Beweismittel von den Parteien gebraucht, sondern von dem Richter adjungirt werden (§. 2. B.), besteht das Verfahren blos in einer Aufforderung der Sachverständigen von Seiten des Richters; a) gewöhnlich werden ihnen dann die Fragen, welche das Gericht beantwortet wissen will, bestimmt vorgeschrieben, b) und es ist nicht zu bezweifeln, daß z. B. einem medicinischen Collegium, die Acten selbst nach Ermessen des Richters sogleich Anfangs oder auf Verlangen mitgetheilt werden dürfen. c) Eine Nachricht an die Parteien von der richterlichen Verfügung ist zweckmäßig, auch schon wegen der möglichen Recusation. d) Den Parteien aber kann das Einreichen von Artikeln, das Aufstellen von Fragen und Antworten nicht zukommen. e) Ist zur Abgabe des neuen Gutachtens eine Beobachtung der Sachverständigen nothwendig, z. B. bei Mühlenstreitigkeiten, so müssen die Parteien hierzu vorgeladen werden, weil sie den Gegenstand richtiger bezeichnen, oder einige oft von Sachverständigen verlangte Aufklärungen geben können; f) der Termin ist aber rein monitorisch, und das Ausbleiben der Parteien hindert den Augenschein nicht; g) kömmt es aber nur auf Beurtheilung an, so ist eine Vorladung der Parteien ohnehin überflüssig.

B) Wenn dagegen eine Partei sich der Sachverständigen als Beweismittel (§. 2. A) bedient, entscheidet die Analogie des Verfahrens bei dem Zeugenbeweise. a) Der Producent reicht intra terminum peremtorium Artikel ein, in welchen er auf die Punkte, über die der Sachverständige aussagen soll, aufmerksam macht, und wodurch er gleichsam wie durch die Artikel bei Zeugen, der nöthigen richterlichen Direction bei

Digitized by Google

dem Augenſcheine eine Richtung giebt: b) zugleich ſchlägt er die beizuziehenden Sachverſtändigen vor, c) die Schrift, in welcher dies enthalten iſt, wird dem Producten mitgetheilt und zwar α) zu Einwendungen gegen die Artikel — wenn er ihre Irrelevanz darthun will; β) zu Einwendungen gegen die vorgeſchlagenen Sachverſtändigen und γ) zur Angabe ſeiner eigenen Sachverſtändigen. d) Zugleich hat der Product das Recht, analogiſch dem Rechte der Fragenſtückeſtellung, Punkte anzugeben, auf welche er noch die Sachverſtändigen aufmerkſam gemacht haben will. e) Iſt ein Augenſchein nothwendig und alles vorbereitet, ſo werden die Sachverſtändigen und die Parteien zu der Vornahme eingeladen; f) die Sachverſtändigen werden gehörig beeidiget [36]), und zwar in allen Fällen und ohne Ausnahme [37]). g) Bei der Beobachtung muß man in der Regel, wenn die Natur des Gegenſtandes es nicht anders fordert [38]), die Parteien gegenwärtig ſeyn laſſen [39]), was oft wegen Sicherſtellung der Identität des zu beobachtenden Gegenſtandes, oder einzelner Aufklärungen ſelbſt nothwendig iſt; daher h) den Parteien auch unverwehrt ſeyn muß, ihre eigenen Wahrnehmungen anzugeben, und die Richter und die Sachver-

---

36) Man ſtreitet, ob ihr Eid bloßes juramentum credulitatis ſey. Fink de judic. peritor. in arte. p. 20. Mynsinger cent. 6. obs. 34. nr. 11.

37) Die Analogie des Zeugenbeweiſes fordert, daß man z. B. den angeſtellten Arzt eben ſowohl beeidige.

38) Schneider Lehre v. Bew. §. 571. Gönner in den Motiven S. 421. z. B. wenn eine Frauensperſon wegen der Schwangerſchaft oder Niederkunft unterſucht werden ſoll.

39) Ueber die Nothwendigkeit der Gegenwart beider Parteien ſtreiten F. Pacianus de probat. l. I. c. 47. nr. 124. Rulant. de comissar. p. I. lib. 45. cap. 4. Wernher obs. for. t. I. pr. IV. obs. 234. Boehmer decis. et respons. t. II. p. II. dec. 1070. Hert. de inspect. occular. §. 36. Mayer diss. de singul. probat. per inspect. occular. p. 49.

ständigen darauf aufmerksam zu machen. i) Am richtigsten werden die Sachverständigen aufgefordert, ihre Beobachtungen, und zwar jeder einzeln, zu Protocoll zu geben, auch in einzelnen weniger wichtigen Fällen müssen sie ihre Meinungen sogleich angeben, wenn nicht ein reiferes Nachdenken erfordert wird. k) Zweckmäßiger wäre es auch, wenn man in Fällen, in denen Gutachten nöthig sind, nicht von allen Sachverständigen ein gemeinschaftliches Gutachten, sondern von jedem abgesondert verlangt; man verwechselt, wenn man das Gegentheil behauptet, diesen Fall mit den Fällen, in welchen der Richter zu seiner Information Sachverständige befragt; auch würde durch abgesonderte Gutachten viel eher die Wahrheit entdeckt und die Consequenz des Zeugenverfahrens mehr gerettet werden.

§. 6.

In Ansehung der viel bestrittenen Frage [40]: in wie ferne die Gutachten der Sachverständigen vor der richterlichen Entscheidung immer den Parteien zur Anfechtung oder zu Deductionen mitgetheilt werden müssen, muß der bekannte Unterschied der zwei Hauptfälle angewendet werden. A) In Fällen, in welchen die Parteien Beweis durch Sachverständige führten, müssen ihnen die Gutachten eben so wohl, als die Aussagen der Zeugen mitgetheilt werden, und zwar mit Bestimmung eines peremtorischen Termins zur Abgabe ihrer Schlußschriften darüber. Die eingereichten Schriften werden analogisch, wie bei dem Zeugenbeweise, abgefaßt, und sind theils Salvation des geführten Beweises, theils Impugnation von Seiten des Gegners. Beide Schriften sind wechselsweise zur Nachricht mitzutheilen [41].

B) In allen Fällen dagegen, in welchen der Richter

---

40) Aeltere Literatur bei Hert. de insp. ocular. §. 40. Mevius decis. p. III. dec. 215.

41) Gönners Entw. eines Gesetzb. Buch II. Cap. V. §. 4. nr. 7.

Digitized by Google

Sachverständige als Gehülfen (§. 2. B) beizieht, ist eine Mittheilung der Gutachten an die Parteien nicht nöthig. a) Man verwechselt auch hier, wenn man das Gegentheil behauptet [42]), die verschiedenen Fälle, und denkt sich mit Unrecht den Fall, von welchem hier die Rede ist, als eine Beweisführung der Parteien; ein Beweis aber wird, wenn der Richter Sachverständige wählt [43]), gar nicht geführt, und der Grund, daß die Parteien ihre Beweisführung salviren und impugniren dürfen, fällt daher weg. b) Erwägt man, daß in diesen Fällen es nur auf Beurtheilung, Meinungen und wissenschaftliche Ansichten der Sachverständigen ankömmt, so sieht man bald, daß die Parteien nichts anzufechten haben; wie sie es bei geführtem Beweise und bei thatsächlichen Verhältnissen können; sie müßten sonst selbst Sachverständige seyn, um rein technische Urtheile einer Prüfung unterwerfen zu können. c) Gestattet man ihnen daher die Anfechtung, so ist die Folge, daß die Partei an irgend einen willkührlich irgendwo aufgehaschten Sachverständigen sich wendet, und von ihm die sogenannte Anfechtungsschrift arbeiten läßt, woraus der Richter eben so wenig Vortheil zieht, als die Partei, deren Rechte auf keine Art dadurch mehr gewahrt werden können, als sie es schon waren; d) es führt daher die Mittheilung nur zu einem zeitraubenden und proceßverzögernden überflüssigen Verfahren; e) sollten aber auch die vom Richter einmal befragten Sachverständigen eine nicht ganz richtige Ansicht aufgestellt und dadurch den Richter irregeführt haben, so hat die Partei, welche durch das Urtheil oder dessen Entscheidungsgründe die Ansicht der Sachverständigen erfährt, den einfachen Weg, in der Appellation den Irrthum zu rügen, und bei dem

---

42) Ohne Unterschied fordert zwar Gönner im Handbuche S. 445, diese Mittheilung.

43) Sehr häufig geschieht dies erste in der 2ten und 3ten Instanz, wenn die Sache gründlicher erwogen wird.

Digitized by Google

höhern Richter auf die Beiziehung anderer Sachverständigen anzutragen. f) Unrichtig aber ist es, wenn man sich auf das römische Recht [44]) beruft, welches die Anfechtung solcher Gutachten gestatte; denn alle angeführten Stellen reden nur von der reductio ad arbitrium boni viri, was sich nur auf das von den Sachverständigen gänzlich verschiedene Institut des Arbitrators bezieht.

§. 7.

Eine Hauptfrage ist endlich noch die: in wie ferne der Richter an das Gutachten der Sachverständigen gebunden ist, und wie er sich im Falle des Widerspruchs mehrerer Kunstverständigen zu benehmen habe? Ein großer Theil der älteren Rechtsgelehrten [45]) betrachtete die Sachverständigen als Richter und ihr Gutachten, wenn die Parteien dasselbe nicht anfochten, als rechtskräftige Entscheidungen, und verwechselte das Gutachten mit dem richterlichen Urtheile, welches sich darauf stützt. Die Behauptung anderer Juristen [46]), daß der Richter im Zweifel immer der wahrscheinlichsten Meinung folgen müsse, ist in ihrer Allgemeinheit eben so unrichtig, als die in neuerer Zeit gewöhnlich angenommene Ansicht [47]) unrichtig ist, nach welcher die Stimmenmehrheit [48]) bei den Sachverständigen

---

44) Gönner im Handbuche des Proc. S. 445. beruft sich auf L. 76—80. D. pro socio. L. 30. D. de operis libert.

45) s. J. H. Boehmer jus eccl. Protest. lib. II. tit. XXVII. §. XIX. et seq. Berlich concl. 59. nr. 35. u. a. s. gut bei bei Globig Theor. d. Wahrscheinl. S. 215.

46) Cramer Wetzlar. Nebenst. Thl. VI S. 36. s. auch Hert. de insp. occul. §. 42. Danz ord. Proc. S. 468.

47) Vorzüglich vertheidigt von Gönner im Handbuche l. c. S. 454. s. auch Grolmann Theorie des ger. Verf. S. 151.

48) Einen Mittelweg geht Claproth ord. Proc. S. 402. er läßt nur dann Majorität gelten, wenn die Sachverständigen keine Gründe angegeben haben, wenn aber Gründe angegeben sind,

Digitized by Google

entscheiden soll; denn a) die für diese Meinung angeführte Stelle [49]) paßt nicht hierher, da sie α) nicht davon redet, daß die drei Sachverständigen im Widerspruche waren, sondern blos sagt, daß es genug sey, wenn auch nur zwei gleicher Meinung sind, da β) die Stelle nur von solchen Sachverständigen redet, die der Richter ernannt hat, nicht aber von den von den Parteien ernannten spricht; da γ) die ganze Stelle singular ist, keine Ausdehnung leidet, um so weniger, als die Stelle nicht von einer definitiven Entscheidung, sondern nur von provisorischen Verfügungen handelt, bei welchen man wohl eher, um einen vorläufigen Ruhepunkt zu haben, sich begnügen muß, wenn nur die Mehrheit der Sachverständigen die Anwendung der Verfügung rechtfertigt.

b) Auch die Analogie vom arbiter [50]) entscheidet nicht, da durch die Uebereinkunft der Parteien die arbitri in ein dem Richtercollegium gleiches Collegium vereinigt sind, und bei diesen wohl kein anderes Auskunftsmittel, als die Mehrheit der Stimmen, seyn kann [51]). c) Unwahr ist auch die Voraussetzung, daß die Sachverständigen immer von drei Subjecten, von dem Richter und den Parteien ernannt werden (§. 3.) und daß durch diese Zusammensetzung eine moralische Einheit entstehe, da in den Gesetzen auch keine Spur, die eine solche Ansicht rechtfertigte, vorkömmt. d) Noch weniger hat man ein Recht, eine willkührlich von den Parteien zur Beweisführung verbundene Zahl von Sachverständigen als ein Collegium zu betrachten, und an den Vorrechten eines [52]) Collegii Theil

---

so soll die Meinung gewählt werden, welche die bündigsten Gründe für sich hat.

49) L. 1. pr. D. de inspic. ventr.

50) Man beruft sich auf L. 17. §. ult. L. 27. D. de arbitr.

51) Glück Comment. VI. Bd. S. 80. Goldschmidt Abhandl. aus d. bürgerl Proc. S. 136.

52) Wie Schneider Lehre v. Beweise S. 480. dies thut.

Digitized by Google

nehmen zu lassen, da kein Gesetz darauf führt, und da nicht einmal der Begriff eines Collegii anwendbar ist.

Nicht zu billigen ist es auch, wenn man bei den Sachverständigen die Analogie des Instanzenzuges anwendet [53]), daher dreimalige Gutachten der Kunstverständigen gleichsam als drei Instanzen für die Beurtheilung der Thatsache zuläßt, und bei dem geringsten Zweifel sogleich neue Sachverständige beizieht [54]), denn a) nicht blos entsteht dadurch eine unnöthige Proceßverzögerung, da die Parteien, so oft sie es dürfen, auch das ihnen nicht günstige Gutachten verwerfen werden, b) sondern man wendet auf eine unbegreifliche Art die Instanzordnung [55]) ohne alle Gesetze auf die als Beweismittel dienende Sachverständige an, c) bringt dadurch eine Art von Rechtsmittel ohne Gesetz in den Proceß, und hat d) dafür keinen Rechtfertigungsgrund, daß man gerade das letzte Gutachten, weil es das letzte ist, für das richtigste hält [56]). Wendet man wieder den Unterschied der zwei Hauptfälle an (§. 2.), so entscheidet A) in allen Fällen, wenn die Parteien durch Sachverständige aufgelegten Beweis führen, kein Collegialverhältniß, sondern blos die Analogie des Zeugenbeweises, der Richter prüft die Aussagen der Sachverständigen nach den Regeln, welche bei dem Widerspruche der Zeugen entscheiden, er sieht auf die Glaubwürdigkeit der verschiedenen Sachverständigen, auf die innere Wahrscheinlichkeit, auf die Einwendungen, die die Parteien machten, auf die übrigen Beweise, welche ergänzen, und besonders auf die Gründe, ihren Zusammenhang, Vollständigkeit und Ueberzeugungskraft [57]). Dabei kann es

---

53) Wie Gönner Handb. S. 449. dies thut.

54) Mit Recht dagegen Martin Lehrb. §. 211. not. p.

55) Gegen Gönners Ansicht darüber S. 448. mit Recht v. Dalwigk Handb. des franz. Civilproc. S. 125. in not.

56) Schneider Lehre v. Beweise. S. 486.

57) Mit Recht haben daher die älteren Juristen die Frage aufgeworfen, welchen Werth Gutachten ohne Gründe haben. Nach

Digitized by Google

dem Richter nicht verwehrt seyn, wenn er erhebliche Mängel im Gutachten findet, und die Beobachtung oder die Beurtheilung lückenhaft scheint, andere Sachverständige zu befragen. B) Wenn dagegen der Richter Sachverständige zu seiner Information (in Fällen B. §. 2.) beigezogen hat, wird er, sobald er von einem förmlichen Collegium, z. B. einer Medicinalbehörde, ein Gutachten erhält, dies respectiren müssen, auch wenn es nur nach Stimmenmehrheit gefällt ist; so wird man in diesen Fällen mehr berechtiget, seine Stimmenmehrheit gelten zu lassen, da die Sachverständigen als Gehülfen des Richters erscheinen und im Falle, wenn sie wirklich zur Sitzung beigezogen worden wären, der Richter doch nach demjenigen Ausspruche sich hätte richten müssen, über welchen sich die Mehrheit der Sachverständigen vereiniget haben würde, wobei jedoch nicht zu läugnen ist, daß der Richter, wenn er bedeutende Lücken im Gutachten findet, jedes Mittel anwenden dürfe, um sich eine noch fehlende Aufklärung zu verschaffen.

---

einigen gilt das Gutachten, wenn der Richter den Sachverständigen nicht namentlich Gründe abgefordert hat, z. B. nach Mascard concl. 1175. nr. 15. Farinacius de test. tit. VII. qu. 70. nr. 102. während Andere Pacian de probat. L. I. c. 47. nr. 62. 157. Rulant de comiss. p. I. lib. IV. c. 11. einem Gutachten ohne Gründe gar nicht glauben. Gewiß ist es, daß ohne Gründe eine Prüfung dem Richter schwer möglich ist, obwohl man, streng genommen, Richtigkeit nicht behaupten darf, wenn Gründe fehlen. Sehr gut sagt Pufendorf obs. for. t. II. obs. 105. „peritus non est judicis loco, sed consilio debet judicem instruere.“

Digitized by Google

XI.

Ueber das forum continentiae causarum.

Von Mittermaier.

§. 1.

In mehreren älteren Lehr- und Handbüchern des bürgerlichen Processes [1]) wird unter den Gerichtsständen auch der Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen (forum continentiae causarum) auf das Verhältniß der sogenannten continentia causarum gegründet, als Gattung vorgetragen, und in zwei Arten, 1) in den Gerichtsstand der Einheit der Sachen (for. contin. causarum ex identitate) und 2) in den Gerichtsstand der Connexität der Sachen (f. c. ex connexitate) getheilt. Schon diese Zusammenstellung beider Gerichtsstände, welche darnach Gattungsmerkmale zu erhalten scheinen, die ihnen nicht zukommen, ist unrichtig [2]). Denn a) jeder dieser Gerichtsstände gehört in eine ganz andere Classe, und bekömmt dadurch einen andern Gesichtspunkt; der Gerichtsstand aus der Einheit des Klaggrundes ist (wenn er in den Gesetzen gegründet ist) ein außerordentlicher bei einem Obergerichte auch

1) Diese Ansicht ist sogar in Particulargesetzbücher übergegangen, z. B. Cod. jud. bavaric. cap. I. § 10.

2) Ganz richtig redet daher Martin im Lehrb. des b. Proc. §. 50. vom foro connexitatis bei den ordentlichen, vom for. continent. §. 56. bei den außerordentlichen Gerichtsständen. s. auch Grolmann Theorie des ger. Verf. §. 42. §. 46. Danz Grundf. d. ordentl. Proc. §. 33.

Digitized by Google

in Ansehung der Personen, die eine andere erste Instanz haben, mit Ueberspringung derselben begründeten, während der Gerichtsstand der Connexität in den ordentlichen Gerichtsständen bei einem als erste Instanz aufgestellten Gerichte fundirter ist. b) Bei dem foro cont. ex ident. hängt die Ergreifung des außerordentlichen Gerichtsstandes blos von der Wahl des Klägers ab, und ist zur Bequemlichkeit desselben eingeführt; bei dem Gerichtsstande der Connexität zwingt dagegen das Gesetz den Kläger, materiell connexe Sachen [3]) nicht zu trennen, und schließt daher die Wahl aus. c) Auch in Ansehung der Entstehung der Gesetze sind beide Gerichtsstände getrennt, da der erste den römischen Gesetzen gar nicht, den deutschen nur zum Theile bekannt ist, während der zweite auf römische, auch bei uns noch geltende, Gesetze sich stützt.

Der Gerichtsstand aus der Einheit des Klaggrundes wurde von den Juristen wieder getheilt, a) in einen persönlichen, wenn der Proceß gegen mehrere, verschiedenen Gerichten erster Instanz unterworfene, Personen aus dem nämlichen Klaggrunde erhoben wird, und b) in einem dinglichen, wenn die Klage mehrere verschiedene Sachen zum Gegenstande hat, welche in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen, von dem Kläger aber aus dem nämlichen Grunde in Anspruch genommen werden. In wie ferne dieser zwiefache Gerichtsstand in dem gemeinen Rechte wirklich gegründet ist, soll jetzt untersucht werden.

§. 2.

Daß der persönliche Gerichtsstand des Zusammenhangs schon dem römischen Rechte bekannt gewesen sey, versuchten ältere Juristen aus mehreren Stellen zu beweisen [4]); daß aber dies mit Unrecht geschehen sey, ist unläugbar von anderen

---

3) Genßler im Handbuch zu Martins Lehrb. S. 71.

4) Aus L. 1. 2. D. de quibus reb. ad eund. judic. lat. L. 3. Cod. arbitr. tutelae. L. 8. §. 1. de liberali caus.

Digitized by Google

Rechtslehrern [5]) dargethan. Dagegen beruft man sich zum Beweise der Begründung dieses Gerichtsstandes auf die deutschen Reichsgesetze und zwar auf den R. Deputationsabschied von 1600. vorz. §. XXIII. und XXIV. Der wahre Sinn beider Artikel kann jedoch nur historisch aus der frühern Reichsgesetzgebung entwickelt werden. Die Entstehung dieser Stellen hängt mit dem Verhältnisse der Austrägalgerichte des Mittelalters zusammen [6]). Diese anfangs nach Gewohnheit, allmählig nach einzelnen Privilegien, später nach allgemeinen Gesetzen den Reichsunmittelbaren, zukommende Gerichte, bei welchen man von den gesetzlichen die conventionellen in der Sprache der alten Urkunden gewillkührte, sondere, sonderbare genannte Austräge unterschied [7]), wurden früh schon als Mittel, wodurch der Beklagte seine Rechtsverfolgung zu erschweren suchte, betrachtet, und erweckten oft wiederholte Klagen [8]) und die Versuche, die Austrägalinstanz zu beschränken, und den Klägern den unmittelbaren Weg zu den Reichsgerichten zu eröffnen, als ein vorzügliches Mittel, wodurch dies bewirkt werden konnte, zeigte sich der Vorwand der continentia causarum, theils wenn mehrere Unmittelbare, welche der Austrägalinstanz sich erfreuten, theils Mittelbare und Unmittelbare zusammen zu belangen waren. So gerne man in diesen Fällen die schon früh bei

---

5) J. A. Bach de causis conjunct. eorumque foro competente. Lips. 1754. Ph. Carrach de foro continent. causar. ex connexit. Hal. 1751. Glücks Comment. der Pand. XI. Thl. S. 301. u. f.

6) C. B. de Senklenberg flor. sparf. ad jus austraegor. Giess. 1740. Datt de pace public. lib. I. c. 27. nr. 60. de Selchov de reliq. jur. mannuar. §. X. J. Fr. Moritz Abh. v. d. Austrägen. Frkf. 1750.

7) Cammer G. O. v. 1495. tit. 24. Cammer. G. O. v. 1555. p. II. tit. 2. §. 1.

8) Z. B. Cammer G. O. v. 1521. tit. XXXIV. a. A.

dem Cammergerichte [9]) angewendete continentia causarum begünstigt und ausgedehnt hätte, so wenig vermochte man dies doch, da die Unmittelbaren einen Eingriff in ihr Austrägalprivilegium darin fanden, und es gegen das Herkommen sowohl, als gegen bestimmte Reichsgesetze war, mit Ueberspringung der ersten Instanz die Gerichtsbarkeit des Cammergerichts über Mittelbare auszuüben. Daher erklärt sich auch die ängstliche Vermeidung einer bestimmten Antwort bei solchen Anfragen [10]); daher auch die, ungeachtet eines bestimmten 1570 gegebenen Auftrages [11]) und der in den Jahren 1576, 1577 wiederholten Mahnung, immer zurückgehaltene Ertheilung eines gewissen Beschlusses über den Fall der continentia causarum bei Austrägen. Selbst bei den 1594 den Ständen vorgelegten dubiis hierüber war das Cammergericht noch nicht einig [12]), hob aber vorzüglich den Fall hervor, wenn ein Unmittelbarer, welcher Austräge hat, mit seinen Unterthanen und Dienern zugleich zu belangen wäre. Auch der Reichstag von 1594 [13]) entschied noch nichts, und erst nach verschiedenen Vorarbeiten, 1598, 1599 kam endlich der Beschluß im R. Deputationsabschied v. 1600 zu Stande [14]), wobei, wie wir einem glaubwürdigen

---

9) Z. B. 1554. s. bei J. Decker monument. lect. camer. antiq. p. 587.

10) s. Ludolf append. I. system jur. camer. p. 9.

11) Corpus jur. cameral. p. 308.

12) J. F. Brandt disq. de continentia causae. Wetzlar 1754. pag. 30.

13) Neue Sammlung der Reichsabsch. III. Thl. S. 437. §. 99.

14) S. den Absch. v. 1600. §. XXIII. wenn wider zween oder mehrere consortes, deren jeder seine sonderbare Austräge hätte, in camera supplicirt würde — ist unser befehlender Wille, daß in solchem Falle, da sich aus den narratis die continentiae causae befinden würde, und sich die Parteien eines redlichen und gewissen Richters nicht vergleichen könnten, alsdann in unserm Cammergericht Proceß erkannt werden mögen. §. XXIV.

Digitized by Google

Schriftsteller [15]) wissen, die Begünstigung des Klägers, und die Rücksicht auf das öffentliche Wohl, um Processe abzukürzen, besondere Motive waren. Betrachtet man darnach das Gesetz von 1600, so redet dasselbe 1) nur a) von Reichsunmittelbaren, und von dem Falle, wenn mehrere solche am Range gleiche mediati, welchen die Austrägalinstanz zukömmt, und zwar b) von welchen jeder seine sonderbaren Austräge, also nicht gemeinschaftliche hat, an welche sich der Kläger hätte wenden können, als consortes zu belangen sind, und c) nur dann, wenn sich die Parteien über einen endlichen Richter selbst nicht vereinigen können, und d) wenn sonst die continentia causarum gegründet ist. In solchen Fällen kannte das Gesetz keinen andern Ausweg; denn unter ein niederes Gericht konnten diese Unmittelbaren nicht gestellt werden und es blieb so nichts als der unmittelbare Weg zum Cammergerichte übrig. 2) Dagegen spricht aber die Stelle nicht von dem Falle, wenn auch Mittelbare als Consorten von einem Kläger mit einer Klage zu belangen waren, und übt hier eine Gerichtsbarkeit aus; wenn zwar der §. XXIV. indem er den Fall erwähnt, wenn einer unmittelbar, der andere mittelbar ist, die Anwendung der kammergerichtlichen Gerichtsbarkeit über Mittelbare ex continentia zu rechtfertigen scheint, so verschwindet dieser Schein, wenn man erwägt, daß nur von einem ganz speciellen Falle gesprochen wird, wenn die mittelbaren Unterthanen des nämlichen Fürsten, welcher als consors litis mit ihnen von dem nämlichen Kläger mit der nämlichen Klage belangt wird, in Anspruch genommen werden sollen. In diesem Falle mußte ein gemeinschaftliches Gericht angeordnet seyn, und das Cam-

---

Wann einer so vermöge der Ordnung vor die Austräge gehörte, mit anderen seinen Unterthanen und Dienern zu beklagen, sollen die Austräge dießfalls nicht statt haben, sondern soll unser kaiserl. Cammergericht als das höchste Gericht ob continentiam causae darunter anzulangen seyn.

15) Frider de continent. causar. cap. IV. nr. 8.

Digitized by Google

mergericht war es um so leichter, als der Fürst als Unmittelbarer die Austräge nicht geltend machen, und sich über Entziehung seines Unterthanen nicht beschweren konnte, da er mit ihm zu dem nämlichen Gerichte gezogen wurde. Mit Unrecht aber würde man die Stelle auch ausdehnen, wenn a) ein Unmittelbarer als Consors mit einem Mittelbaren, der aber nicht sein Unterthan ist, belangt werden sollte. Wenn b) gegen zwei Mittelbare die Gerichtsbarkeit ob continentiam causae ausgeübt werden sollte, da in beiden Fällen die kammergerichtliche Gerichtsbarkeit ein Eingriff in die Jurisdictionsrechte der Landesherrn der Mittelbaren gewesen wären [16]). Prüft man nun nach dem bisher Gesagten die Aussprüche des Gesetzes, auf welches die Rechtslehrer das forum continentiae, als bei einem Territorialobergerichte jetzt noch im gemeinen Rechte zulässig, begründen, so ergiebt sich bald das Resultat, daß wir kein auf unsere heutige Tage geltenden Proceß anwendbares Gesetz haben, welches zum Beweise des Daseyns des Gerichtsstandes aus der Einheit des Klaggrundes angeführt werden könnte; 1) der R. Deput. Abschied v. 1600 spricht nur von der Begründung der kammergerichtlichen Gerichtsbarkeit, und verliert seine Anwendung mit der weggefallenen Existenz des höchsten Reichsgerichtes, um so mehr als der Fall, welcher dem Gesetze vorschwebte, gar nicht mehr vorhanden ist. 2) Das Gesetz ging aus dem Verhältnisse der ehemals bestandenen Austrägalinstanz und dem Unterschiede der Reichsunmittelbaren und Mittelbaren hervor. Das damals gegründete forum continent. bei dem Kammergerichte war eine Folge des damaligen Bedürfnisses, es war, wie das Gesetz selbst sagt, nur vorhanden, wenn die Parteien sich nicht über den gemeinschaftlichen Richter vergleichen konnten; das Forum muß aber jetzt wegfallen, da der Unterschied zwischen Unmittelbaren und

16) J. H. C. Siegmann de jurisdict. summor. in imper. judicior. ob caus. continent. in cives mediatos (Lips. 1781) pag. 36.

Digitized by Google

Mittelbaren aufgehört hat, und heutzutage alle Bewohner der deutschen Länder entweder Souveräne, oder Unterthanen sind, und namentlich die Mehrzahl der ehemaligen Unmittelbaren in die Classe der Unterthanen (nach der älteren Sprache Mittelbaren) herabgesunken sind, und von einer Respectirung der Austrägalinstanz nicht die Rede seyn kann [17]). 3) Dies muß um so mehr der Fall seyn, da schon, wie oben gezeigt worden, das Cammergericht über die Unmittelbaren nie eine Jurisdiction ob continentiam causae ausüben durfte, und dies Verhältniß selbst, wenn das Cammergericht fortbestände, geltend gemacht werden könnte. 4) Mit Unrecht würde man aber einen Schluß von dem Cammergerichte auf unsere Territorialobergerichte machen, und behaupten, daß nach Aufhebung des Cammergerichts das forum continentiae bei dem Landesobergerichte gegründet sey, weil es einst bei dem Reichsgerichte gegründet gewesen ist. Schon Gönner [18]) hat auf die nothwendige Vorsicht bei dem Gebrauche der Reichsgesetze aufmerksam gemacht, und aus den von ihm angegebenen Gründen über Anwendung der auf Gerichtsverfassung sich beziehenden Reichsgesetze geht die Unrichtigkeit eines solchen Schlusses klar hervor, um so mehr wenn man erwägt, daß das Cammergericht nicht im Verhältnisse zu den damaligen Landesgerichten stand, in welchem die heutigen Obergerichte als reine Appellationsgerichte mit strenger Beobachtung des Instanzenzuges zu den Untergerichten stehen; 5) mit der Begründung eines fori contin bei dem Obergerichte, wenn nicht in dem Lande Particulargesetze dies Forum rechtfertigen, muß man um so vorsichtiger seyn, als darin immer eine Entziehung der ersten Instanz für den Beklagten, und daher eine Verletzung der allgemeinen im Lande garantirten Instanzenordnung liegt. 6) Man bedarf aber auch bei genauerer Betrachtung der Fälle, in welchen der Gerichtsstand als nothwendig begründet seyn

17) s. a. Gönner Handb. des bürgerl. Proc. I. Thl. S. 71. §. 6.
18) Gönner Handb. des Proc. I. Bd. nr. II.

Digitized by Google

soll, desselben gar nicht; und findet leicht ein ordentliches Gericht erster Instanz zur Klage. Denn a) in den gewöhnlich angeführten Fällen werden die verklagten correi, socii, Erben u. a. nur als Streitgenossen belangt; da aber nach Martins richtiger Ansicht [19]) in den Gesetzen auch bei Untheilbarkeit der Sache keine nothwendige Streitgenossenschaft entsteht, da der Kläger mehrere Personen, welche auch möglicher Weise litis consortes sind, nicht zusammen zu belangen schuldig ist, so steht seiner theilweisen Klage bei den competenten Gerichten nichts im Wege. 6) Will sie aber der Kläger gemeinschaftlich bei einem Gerichte belangen, so wird es nicht am foro ordinario fehlen, er wird mehrere Miterben sehr gut im Gerichtsstande des Erblassers in den meisten Fällen [20]) mehrere Gesellschaftsglieder oder correos im Gerichtsstande des Contracts, mehrere Streitgenossen, wenn es auf eine Realklage ankömmt, bei dem Gerichte der gelegenen Sache, mehrere Vormünder, wenn sie auch verschiedene Wohnorte haben, bei dem Richter, welcher sie bestellt, oder bei welchem die Verwaltung geführt worden ist, belangen können, und in keinem Falle nöthig haben, erst einen außerordentlichen, in den Gesetzen gar nicht gegründeten, Gerichtsstand sich zu suchen.

§. 3.

Noch unbegreiflicher aber war es, wie man, sobald man die Reichsgesetze näher würdigte, im gemeinen Rechte ein forum ex identitate fundamenti reale, also z. B. wenn die Klage mehrere Sachen zum Gegenstande hatte, die unter verschiedenen Gerichtsbarkeiten liegen, begründet finden konnte [21]).

---

19) Martin im Magazin für den bürgerl. Proc. I. Bd. 18 und 26 Heft.

20) Berger oeconom. jur. p. 649.

21) Es konnte dem Scharfsinne Martins im Lehrbuche des bürgerl. Proc. §. 56. not. g. nicht entgehen, daß die gewöhnliche Meinung irrig sey.

Digitized by Google

Schon die älteren Juristen [22]) wollten zwar dies forum reale rechtfertigen und die Lehrer des cammergerichtlichen Processes folgten gerne ihrer Autorität [23]). Da man aber später einsah, daß man auf römische Gesetze sich nicht berufen könne, so versuchte man, den Gerichtsstand durch ein Reichsgesetz [24]) zu begründen. Das angeführte Gesetz aber weiset auf frühere Streitigkeiten und Bedenken zurück. Nun ist es richtig, daß bereits 1595 unter den dubiis camerae und zwar als dubium VIII. auch die Controverse vorkam [25]), ob der Kläger in Fällen, wenn die Güter in verschiedenen Orten und Herrschaften gelegen, nicht sogleich ad cameram gehen könnte. Eben so gewiß ist, daß in der Chur- und Fürstenrathsresolution v. 1595 bei dem achten dubium mit den Worten: „ist geschlossen daß der Cameralium Meinung und Bedenken zu ratificiren sey," das Gutachten des Cammergerichtes genehmiget wurde [26]), als aber der Vortrag an den versammelten Reichstag über diesen Gegenstand gebracht wurde, erhoben sich so verschiedene Meinungen, daß man sich

---

22) Baldus ad authent. hoc ita Cod. de duob. reis und zwar mit Beziehung auf L. 5. Cod. arbitr. tut. Bartolus ad L. 10. Cod. de judic. et ad tit. ex quib. caus. ad eund. judice. Jason ad eand. legem.

23) Z. B. Gail obs. l. I. obs. 32. Chr. Schwanmann proc. camer. l. I. u. 4. Blum proc. cam. tit. 40 §. 9.

24) Reichsdeput. Absch. v. 1600. §. 140.

25) Dubium VIII. in den dubiis cameral. und deren Resolution von 1494. in corp. jur. camer. sub nr. CCCXXXII. pag. 471. sub verbis. „Wann in des Klägers Election stehet, ob er eine Klage in loco domicilii ubi oder ubi res sitae sunt, anstellen wolle, und ob er (dieweil die Güter in unterschiedenen Orten und Herrschaften gelegen) besorgen muß, daß die Sache in puncto dilatoriarum in Weitläufigkeit und Längerung gerathen möchte, ist für gut geachtet, daß man zur schleunigen Beförderung der Sachen, den Proceß alsbald in camera anstellen möge."

26) s. corpus jur. cameral. L. 5. p. 473.

Digitized by Google

über einen festen Beschluß nicht vergleichen konnte, sondern sich genöthiget sah, den Gegenstand bis auf weiteres beruhen zu lassen, und die endliche Entscheidung einem künftigen Reichstage vorzubehalten [27]). Obwohl der Vortrag auch auf dem nachfolgenden Reichstage zu Regensburg wiederholt wurde, und man die Erledigung dringend wünschte, so beschäftigten doch damals andere politische Verhältnisse die Versammlung, und ließ die Sache wieder beruhen, indem man sich im Reichsabschiede [28]) §. 46. mit allerhand erheblichen Verhinderungen entschuldigte. Der Erbfeind der Christenheit aber, der Türke, scheint auf dem folgenden Reichstage v. 1613 die Justizsachen in Vergessenheit gebracht zu haben, und es erfolgte nie ein Reichsschluß über den zweifelhaften Punkt. Wirft man nun einen Blick auf den bisher erzählten Gang der Reichsgesetzgebung zurück, so begreift man nicht, wie man einen Gerichtsstand begründet finden konnte, über dessen Zulässigkeit man nicht einmal auf zwei Reichstagen entscheiden mochte, und wie man ein Gesetz als decisio anführen konnte, welches ausdrücklich erklärt, daß die Sache nicht entschieden sey. Selbst bei Vergleichung der cammergerichtlichen Literatur von dieser Zeit an bemerkt man, daß man nur selten dieses fori ex ident. fund. realis

---

27) Neue Sammlung d. Reichsabschiede. III. Thl. S. 494. §. 140. „Es haben uns auch unsere kaiserl. Commissarien der Gebühr referirt, was ihnen von den Churfürsten, Fürsten, Räthen und Gesandten in denen von dem Cammergericht überreichten Dubien bei dem VIII. XII. u. XXXII. Punkten vor unterschiedliche Meinungen und Bedenken in Schriften eröffnet, deren sie sich diesmal nicht vergleichen können, sondern dafür gehalten, daß dieselben zur gemeinen Decision aller Stände auszustellen seyen; obwohl wir nun am liebsten gesehen, daß angeregte 3 Punkte dießmals durch einmüthige Vergleichung ihre schließliche Erledigung erlangen möchten, jedoch und weil der Churfürsten Räthe auf ihrer Meinung beharret, so wollen wir dasselbig den Ständen bei künftig gemeiner Reichsversammlung wieder fürzutragen unvergessen seyn."

28) Neue Samml. der Reichsabsch. III. Thl. S. 508.

Digitized by Google

erwähnt habe, daß aber dagegen die Stände keine Gelegenheit vorübergehen ließen, um z. B. bei Wahlcapitulationen [29]) ihre Rechte wegen Entziehung der Unterthanen von ihrem ordentlichen Richter, und die Ausdehnung cammergerichtlicher Jurisdiction sicher zu stellen und sich vor Eingriffen zu bewahren. Will man sich auch auf den heutigen Gerichtsgebrauch [30]) berufen, wodurch der Gerichtsstand begründet werde, so ist diese Berufung übel angebracht, da der Gerichtsgebrauch doch keine Norm festsetzen, welche man seit mehr als 200 Jahren in Deutschland für so richtig hielt, daß nicht einmal die Reichsversammlung darüber entschied. Will man sich [31]), auf die Bequemlichkeit des Klägers, auf den Vortheil der Vermeidung von Streitigkeiten und selbst widersprechnder Sentenzen in der nämlichen Sache berufen [32]), so können solche Rücksichten kein Recht geben, die Instanzenordnung und die darauf erworbenen Rechte des Beklagten zu verletzen, um so weniger, als sich zeigen läßt, daß nicht einmal diese Rücksichten gegründet sind. Wenn zwar die Reichsgesetze in einem Falle die cammergerichtliche Gerichtsbarkeit, mit Umgehung der Untergerichte, gegen alle Unterthanen als zulässig erklären, so kann auch aus diesem Gesetze [33]) kein Grund für das forum continentiae abgeleitet werden, da wie aus der Geschichte dieses Reichsgesetzes be-

---

29) Wahlcapitulation von Carl VI. art. XVIII. in Schmaus Corp. jur. S. 1352.

30) s. Claproths Grundf. des ordentl. Proc. I. Thl. §. 101. Danz Grundf. des ordentl. Proc. §. 33. Glücks Comm. z. d. Pandecten l. c. S. 308.

31) z. B. wie Engelbrecht obs. select. for. obs. II. §. 3. Hurlebusch Beiträge zur Civil- und Crim. Gesetzgebung. II. Heft nr. XIV.

32) Auch v. Gönner nimmt in dem neuesten Entwurfe eines Proceßgesetzbuchs, Buch I. cap. II. §. 20. das forum continent. sowohl reale als personale an.

33) Cammergerichtsordn. v. 1555. Thl. II. tit. XXI. §. I.

Digitized by Google

kannt ist [34]), dasselbe sich blos auf den streitigen Besitz und auf den Fall zu befürchtender Unruhen bezieht, deren kräftige Unterdrückung in den damaligen Zeiten vorzüglich nothwendig war, und das Gesetz weniger einen ordentlichen Proceß, als blos eine schnelle provisorische Maaßregel und ein schnelles Einschreiten beabsichtiget, daher auch keine Ausdehnung gemacht werden kann.

Endlich hat man zur Rechtfertigung dieses Gerichtstandes noch weniger Grund, als zu dem foro personali, wenn man erwägt, daß der Beklagte, wenn auch die einzelnen zerstreut liegenden Sachen mit einer Klage gefordert werden, einen allgemeinen ordentlichen Gerichtsstand in foro domicilii hat, in welchem die Realklage nach richtigen Grundsätzen [35]) eben so gut als in foro rei sitae anzustellen ist, so daß man auch nicht einmal auf die Nothwendigkeit dieses Gerichtsstandes, als auf einen Grund, sich berufen kann, obwohl dies in Ländern, in welchen durch Particulargesetze [36]) das forum rei sitae als exclusiv ausgesprochen ist, sich auf andere Art verhält; aber auch selbst dann hat man keinen Grund, von der Bestimmung des römischen Rechts [37]) abzuweichen, nach welchem in solchem Falle die Klage bei dem Richter anzubringen ist, unter welchem der größte Theil der in Anspruch genommenen Sachen liegt, worauf, wenn es zur Vollstreckung kömmt, die Requisition der übrigen Richter, unter welchen die anderen Sachen liegen, keinem Zweifel unterliegt [38]). — Möge dies Angeführte genügen, um vor einer voreiligen Behauptung der Zulässigkeit des Gerichtsstandes aus der Einheit des Klagegrundes zu bewahren!

---

34) Danz diss. constitut. imper. special. super litigiosa possess. disquis. Stuttg, 1789. Borie diss. jur. publ. et cameral. De litigios. possess. Wetzlar 1783.

35) Man wäre vielleicht nicht auf die Nothwendigkeit des fori ex ident. fund. bei Realklagen gekommen, wenn man nicht das forum rei sitae als ein exclusives betrachtet hätte. s. auch l. un. Cod. ubi de haered. agat. l. 3. Cod. ubi in rem act. l. 12. Cod. de praescr. long temp.

36) z. B. im baierischen Rechte Cod. jud. bav. cap. 1. §. 9.

37) L. 50. pr. l. 52. §. 3. D de judic. l. un. Cod. ubi, fideicom. peti oport. Glücks Com. z. d. Pand. XI. Bd. S. 307.

38) L. 15. §. 1. D. de re judic.

Digitized by Google

Archiv
für die
civilistische Praxis.

Zweiter Band. Zweites Heft.

XII.

Uebersicht der Literatur des deutschen bürgerlichen Processes in den Jahren 1818 — 1819.

Von Mittermaier.

Die Ausbeute der neuen wissenschaftlichen Forschungen auf dem Gebiete des bürgerlichen Processes, dessen Literatur wir als Fortsetzung der Aufsätze nr. II. und nr. XIII. im ersten Bande dieses Archives liefern, beschränkt sich nur auf einige Sammlungen von Abhandlungen, und auf einzelne Dissertationen. Ein größeres Werk kündiget der Michaelismeßcatalog 1818 unter dem Titel an: Bergmann corpus juris judiciarii civilis germanici, oder Sammlung einheimischer Quellen des gemeinen deutschen Civilprocesses. Hannover bei Hahn *).

*) Dieses Corpus juris der einheimischen Proceßgesetze ist seit dem Einlaufen obiger Uebersicht wirklich erschienen, und der verehrliche Herausgeber hat sich den Dank aller teutschen Rechtsgelehrten erworben; nicht nur für die Sammlung selbst, (die mit dem Jahr 1235 anhebt und mit Auszügen aus der Bundesacte, so wie aus den Beschlüssen der Bundesversammlung 1817 endiget, auch mit einem Register versehen ist), sondern auch für die Bemerkungen verschiedener Lesearten u. dgl. So lange man

Digitized by Google

Von den oben erwähnten Sammlungen gehören hierher:

1) Th. Hagemann's, Oberappellationsrathes, practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, hin und wieder mit Urtheilssprüchen des Celleschen Tribunals und der übrigen Justizhöfe bestärkt. Sechster Band. Hannov. bei Hahn. 1818. S. 549.

2) Dr. C. L. Goldschmidt Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprocesse. Frankfurt a. M. 1818. S. 142.

3) Dr. Fr. C. Gesterding alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten. Eine Reihe von Abhandlungen und Monographieen. Greifswald 1818. Wir werden die einzelnen Abhandlungen unter den geeigneten Rubriken anführen.

I) Ueber das richterliche Amt im Processe erklärt sich Hagemann Erört. nr. 59. S. 258. unter der Aufschrift: vom Durchgriffe des Richters in Parteisachen, daß dies Recht des Durchgriffs dem Richter nur Ausnahmsweise, um das quantum ex aequo et bono festzusetzen, zustehe.

II) Ueber Legitimation zur Sache behauptet Gesterding in der erwähnten Schrift, S. 457. a) daß es nicht zur Legitimation, sondern zum Hauptbeweise gehöre, wenn der Kläger behauptet, daß der Beklagte eine fremde Schuld übernommen habe, und b) S. 461. daß im Processe oft eine zwei- und dreifache Legitimation vorkommen könne.

---

noch auf teutschen Universitäten eine Theorie des teutschen Civilprocesses vorträgt, wird jene, nur aus einem mäßigen Octavband (526 Seiten) bestehende, Sammlung für das Studium der Academiker sehr ersprießlich werden. Denn auch hier hat die Rechtsgeschichte und die Kenntniß der ältern Processatze ihren hohen Werth. Und wenn auch diese aufhörten, Quelle des lebendigen Processes zu seyn, so wird doch ihre Kunde dem wissenschaftlichen teutschen Juristen nicht fehlen dürfen. Die Vorrede giebt Auskunft über den Zweck und Gegenstand der Sammlung.

Gensler, d. Z. Red.

Digitized by Google

III) Ueber Streitgenossenschaft bestätigt Hagemann, Erört. nr. 80. S. 333. die von Martin ausgeführte Meinung, daß der Kläger nicht gezwungen werden könne, seine Klage wider mehrere Personen, als Streitgenossen, anzustellen.

IV) Zu der Lehre von den Gerichtsständen liefern

1) die von Gönner und Schmidtlein herausgegebenen Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königr. Baiern (Erlangen 1819. II. Bd. nr. XXIV. S. 301.) einen interessanten Aufsatz über die Wirkungen der Veränderungen an der Gerichtsverfassung auf die anhängigen Streitsachen. Sie unterscheiden

a) den Fall, wenn in der Gerichtsverfassung selbst; z. B. durch Auflösung der Gerichtsstelle eine Veränderung vorgeht;

b) wenn sich ohne eine solche Veränderung an den Parteien oder an dem Streitsobjecte individuelle Veränderungen ergeben. Im letzten Falle soll der Satz: ubi acceptum semel est judicium, ibi et finem accipere debet, ohne Ausnahmen, im ersten Falle sollen staatsrechtliche Grundsätze entscheiden (S. 307). Die Litispendenz soll zwar, was die Parteien angeht, unter diesen ihre fortwährende Wirkung behalten, z. B. wegen res litigiosa, bösen Glaubens, Verjährung u. a.; nur in Bezug auf den Gerichtsstand muß der Proceß auf andere Gerichte übergehen, aber immer in derselben Lage, in der er sich befand zur Zeit der Veränderung, mit Rücksicht auf Instanzengang. Im Falle, wenn ein Gericht in einer Provinz, welche an einen andern Staat abgetreten wird, noch vor der Abtretung ein Urtheil in einem Processe fällt und verkündet, bleibt nach S. 314. das Urtheil auch im neuen Vaterlande als rechtsbeständig und vollziehbar.

2) Ueber den Gerichtsstand der geführten Verwaltung behauptet Gesterding in der erwähnten Schrift nr. XII. 4. S. 444. daß dem Kläger die Wahl zwischen diesem foro und dem des Wohnorts zustehe, vorzüglich weil das

f. g. a. eine Art des fori contractus sey, und aus l. 19. §. 1. D. de judic.

3) Ueber die Prävention lehrt Gesterding a. a. O. nr. 5. S. 450 daß die gewöhnliche Behauptung, nach welcher Prävention durch richterliches Decret auf die Klage entstehe, unrichtig sey, daß die Pflicht des Klägers, bei dem einmal gewählten Richter zu bleiben, nicht aus der Prävention, sondern aus der Verzichtleistung abgeleitet werden müsse, und daß nur in Bezug auf den Beklagten eine Prävention existire.

4) Ueber den Gerichtsstand der apanagirten Mitglieder der deutschen regierenden Häuser enthält das civilist. Archiv I. Bd. I. H. nr. 6. einen Aufsatz von Zachariä.

V) In Bezug auf die Klage erzählt

1) Goldschmidt a. a. O. nr. I. die Geschichte des Klaglibells §. 1. nach röm. §. 2. päpstlichen §. 3. nach der Reichsgesetzgebung; besonders merkwürdig ist, was S. 7—8. der Verf. über den Einfluß des sächsischen Processes auf den J. R. A. anführt.

2) In Ansehung des Klagegrundes lehrt Gesterding nr. XII. 3. S. 441. daß der Satz, aus dem angeführten Klagegrunde müsse beurtheilt werden, welche Art von Klage in einem gegebenen Falle angestellt werde, nicht ausreichend sey.

3) Vorzüglich gewonnen hat die Lehre von der Klageänderung durch Dr. H. Bayer Ueber die Aenderung des Klaglibells, ein civilist. Versuch. Landshut 1819. Der Verf. nimmt S. 28. Klageänderung nur an, so oft an die Stelle eines, seiner Beschaffenheit nach in den Vortrag der Klage gehörigen, wesentlichen Merkmales ein Anderes gesetzt wird; alle Fälle lassen sich nach S. 19. auf 2 Arten zurückführen, 1) wenn der historische Klagegrund geändert wird, und zwar a) wenn an die Stelle des vorigen ein, der Art nach, verschiedenes Fundament gesetzt, oder b) wenn blos an den historischen Nebenbestimmungen der Handlung, worauf die Klage gebaut ist, Veränderung vorgenommen wird. 2) Wenn man das Gesuch än-

dert, und zwar a) entweder den rechtlichen Zweck der Klage, oder b) den Gegenstand, worauf jener in concreto gerichtet war. In Ansehung der Frage: ob der Kläger in demselben Verfahren seine Klage ändern dürfe (S. 31.), unterscheidet der Verf. das ältere röm. Recht, und zeigt, daß der Kläger die Anordnung eines neuen judicii durch neue Edition und Postulation bewirken mußte, und zwar (gegen Fleck) ohne Restitution S. 41. daß (S. 49.) nach neuerem röm. R. die Klageänderung im nämlichen Verfahren geschehen durfte, daß aber dies bei uns nicht wohl anwendbar sey. Bei der Frage: ob der Kläger von einer Klage nach Aufhebung derselben zu einer andern übergehen dürfe, beurtheilt der Verf. richtig S. 68—83. die verschiedenen Fälle nach den Grundsätzen des Verzichts und der Wirkung der exceptio rei judicatae. S. 84. behandelt er die Fragen: 1) ob nicht vor der Litiscontestation eine sonst unzulässige Klageänderung statt finden könne? 2) ob sie nach der Litiscontestation nicht mit Einwilligung des Beklagten oder durch Hülfe der Restitution geschehen könne?

4) Den Satz: daß nach den Hülfsrechten bei Realklagen die Angabe des entfernten Klagegrundes nicht nöthig sey, bezweifelt mit starken Gründen Borst in diesem Archive I. Bd. 2. Heft nr. 14.

V) Unter der Aufschrift: „Proceß der Litiscontestation gegen die Ladung," erörtert Gesterding in der angeführten Schrift nr. V. S. 125. die Frage über den Anfang des Processes, und sucht zu zeigen, daß man mit Unrecht den Anfang des Rechtsstreites, statt von der Litiscontestation an, wie es sich gebühre, zu rechnen, von der Ladung an rechne, und zwar schon nach der Natur der Sache S. 131. nach röm. Recht, nach welchem die Litiscontestation den Proceß anfange, s. l. 87. 139. D. de reg. jur. l. 26. l. 58. D. de obl. et act. l. 4. Cod. de litiscont. l. 16. Cod. de judic. Die Novelle 112. wolle (S. 137.) blos in Ansehung des Objects Zweifel beseitigen, den Zeitpunkt wolle sie nicht verändern; die Clem. 2. ut lit. pend. nil. innov. wolle nur in Anse-

Digitized by Google

hung des Streitobjects und des Verbotes der Veränderungen etwas bestimmen, aber nichts ändern über den Anfang des Streits; die can. 19. X. de foro comp. wolle blos festsetzen, daß nach der Ladung Veränderungen, die sich in Ansehung des Gerichtsstandes des Beklagten ergeben, ohne Einfluß sind, darnach müße der Anfang des Rechtsstreites von der Litiscontestation gerechnet werden.

VI) Die Lehre vom Ungehorsam hat einen Beitrag erhalten durch M. Heseler Stessens de indole contumaciae in causis exercendis civilibus. Heidelberg 1817. Der Verf. untersucht vorz. p. 15. den Einfluß der Versäumnisse, welche Tutoren und Curatoren zum Nachtheile der Minderjährigen sich zu Schulden kommen lassen, S. 20. nach röm. Recht, in so ferne die Restitution den Minderjährigen nur als subsidiarisches Mittel zukam (l. 16. D. IV. 4. l. 13. §. ult. Cod. III. 1.) S. 22. nach den Reichsgesetzen, mit vorzüglicher Rücksicht auf den Kammergerichtsschluß v. 1786. — Von S. 26—46. erörtert der Verf. das Recht im Processe, Nova vorzubringen, sowohl in Ansehung der Einreden, als der Beweise, S. 46. zeigt er die Nothwendigkeit der Anklage des Ungehorsams, nach dem Unterschiede der gegebenen Termine. S. 64. führt der Verf. aus, daß der Ungehorsam weder nach den Grundsätzen über Extinktivverjährung, noch des Verzichts, sondern blos der Strafe, entweder einer Privat- oder öffentlichen Strafe zu beurtheilen sey.

VII) Zur Lehre von den proceßhindernden Einreden haben Beiträge geliefert

1) Gesterding in d. ang. Schrift nr. V. 3. S. 161.

2) Goldschmidt in den Abhandlungen nr. II. S. 11. und

3) Mittermaier in dem civilist. Archive I. Bd. 3. H. nr. XXXI.

4) Gensler in dem nämlichen Archive nr. XXXII.

Die drei ersten Abhandlungen erklären sich gegen die in den Gerichtshöfen angenommene Meinung, daß alle peremto-

rische Einreden, wenn sie schleunig bewiesen werden können, als proceßhindernde dienen. Nach Gesterding S. 170. gehören nur solche Einreden hierher, welche dahin geben, daß dieser Sache wegen bereits ehemals gestritten, der Streit aber beendigt worden sey; Goldschmidt und Mittermaier geben auf l. 1. §. ult. D. ad SC. Tertull. zurück, verfolgen die Reichsgesetze von 1505 — 1654, nach Goldschmidt S. 15. gehören die exc. rei judicatae, transactae, jurisjurandi, nach Mittermaier auch litis renuntiatae und praescriptae hierher. Nach Gesterding S. 175. bedarf es keiner eventuellen Litiscontestation, nach Goldschmidt u. M. muß dieselbe nach den Reichsgesetzen damit verbunden werden. Gensler rügt die Fehler der bisherigen Behandlung, und versucht, mit Vorbehalt näherer Entwickelung, aus den Reichsgesetzen selbst zu zeigen, daß es, gehörig verstanden, proceßhindernde Einreden allerdings gäbe, welche von der Litiscontestation, heutigen Begriffs, selbst von der eventuellen, wirklich befreiten, unter der wesentlichen Bedingung einer durch schleunigen Beweis hergestellten vollen Klarheit, und daß bei deren Daseyn jede peremtorische, den Klaggrund im ganzen Umfang zerstörende, Einrede der Einlassung, d. h. die specielle Antwort auf die Thatsachen der Klage zu verhindern vermöge.

VIII) Ueber die Widerklage liefert Goldschmidt in s. Abhandlungen III. S. 2. wichtige Bemerkungen; er zeigt, daß die Römer die actiones directas und mutuas petitiones unterschieden, daß später die Lehre von den mutuis petitionibus durch die erweiterte Compensation verändert wurde, und daß die nov. 96. c. 2. bestimmte, daß der Beklagte seine Gegenforderungen vor dem nämlichen Richter anbringe, indem er sonst vor Beendigung dieses Rechtsstreites seine Forderung vor keinem andern Richter geltend machen durfte, S 24. daß das canonische Recht reconventio und mutua petitio gleichbedeutend brauche, daß die Reichsgesetze daß päpstliche Recht bestätige, und daß die Praxis häufig zu Irrthümern gekommen sey.

Digitized by Google

IX) Ueber das Recht des Richters, Einreden, insbesondere die Einrede der Verjährung, von Amtswegen zu ergänzen, liefert das civilistische Archiv I. Bd. sub nr. XXVIII. XXIX. zwei Aufsätze von Krüll und Lotz.

X) Die Lehre vom Beweise hat Beiträge erhalten

1) durch die Abhandlung Gensiers über die Begriffe: Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz, in dem civilist. Archive I. Bd. 1. H. nr. III. 2. H. nr. XXI. 3. H. nr. XXIV.

2) durch die Erörterung Mittermaiers über den anticipirten Beweis in diesem Archive I. Bd. 1. Heft nr. VIII. und 2. Heft nr. XIV.

3) durch die Abhandlung Goldschmidt's in dessen Abhandlungen nr. V. S. 51. über das ordentliche Beweisverfahren. Der Verf zeigt, wie allmählig erst ein, von der ersten Verhandlung getrenntes, Beweisverfahren sich bildete, wie die Praxis ein erstes Verfahren, dem sie den Re- und Duplikſatz hinzufügte, von dem Beweisverfahren durch die Scheidewand eines Erkenntnisses absonderte, und gewöhnlich um die Quellen sich nicht viel kümmerte. Auch der Verfasser scheint S. 62. die von Gönner vorgeschlagene gesetzliche Verbindung der Beweise mit den ersten Verhandlungen nicht zu billigen.

4) Ueber die Antretungsfrist des Gegenbeweises liefert Hagemann in den Erörterungen nr. XXIII. S. 139. daß der Gegenbeweis nicht in derselben Frist wie der Beweis angetreten zu werden brauche, ohne daß der Verf. Gründe dafür angiebt.

Ueber den Fall, wenn über verschiedene Umstände und Thatsachen der Beweis nachgelassen, derselbe aber nur rücksichtlich einer Alternative angetreten wird, und wegen des Uebrigen nur eine bloße Reservation des Beweises derselben vom Producenten geschieht, bemerkt Hagemann in d. Erört. nr. XXXVI. S. 182. daß ein solcher Vorbehalt nicht zulässig sey.

Digitized by Google

6) In Ansehung der Frage: ob, wenn ein unerheblicher und irrelevanter Beweis geführt worden, und das Urtheil in der Hauptsache gefällt werden soll, der Richter sich an den geführten Beweis halten oder ihn jetzt noch verwerfen darf, unterscheidet Hagemann in d. Erört. nr. XXXVII. S. 183. a) ob der Beweis anticipirt, oder b) durch Urtheil aufgelegt war. Im ersten Falle soll der Richter den Beweis verwerfen und auf das wahre Thema interloquiren; im zweiten, wenn das Beweisinterlocut rechtskräftig geworden ist, will der Verf., daß der Richter die Sache nach dem rechtskräftigen Beweissatze und dem darnach geführten Beweise entscheide, da die Parteien durch Unterlassung der Appellation gegen das Beweisinterlocut anerkannten, daß die Entscheidung von dem Beweise der aufgelegten Thatsachen abhangen solle. S. darüber auch Mittermaier in diesem Archive I. Bd. 1. H. S. 136. Cap. fin. de appell. in 6to. J. R. A. §. 50. unterscheiden nicht *).

XI) Zur Lehre vom Urkundenbeweise liefert

1) Goldschmidt in den Abhandlungen in nr. VIII. S. 92. über den Diffessionseid, und nr. IX. S. 101. über die Vergleichung der Handschriften Beiträge. In nr. VII. zeigt er, daß das canonische Recht zuerst das römische Recht in seinem wahren Geiste in dieser Lehre nicht auffaßte, daß das jetzt Gelehrte gewöhnlich reines sächsisches oder darauf gebautes Recht sey; aus dem röm. Recht bliebe, bei strenger Betrachtung, um die Urkundenvorlage zu bewirken, nur übrig, den Parteien das interdictum de tabulis exhibendis, die actio ad exhibendum, und die einschlagende dingliche oder persönliche Klage, und dem Richter die Befug.

*) Unter einer nähern Beleuchtung dieser beiden Gesetze, des Zwecks und der Natur der Rechtskraft, hat der Unterzeichnete in diesem Archiv B. 1. S. 362. ff. auszuführen gesucht, daß die oben erwähnte Ansicht Hagemanns wohl die richtige seyn mag.

Gensler, d. Z. Red.

Digitized by Google

niß, öffentliche Acten zu requiriren, aus dem canonischen Recht bliebe clement. un. §. 1. de usur. anwendbar, sonst aber müsse auf das jusjurandum in litem erkannt werden. — In nr. VIII. zeigt der Verfasser, daß der Diffessionseid im gemeinen Rechte nicht begründet, willkührlich aus dem sächsischen Processe in das gemeine übergetragen sey, und daß er sogar dem Principe der Gesetze widerspreche, nach welchen jeder, der eine Privaturkunde producirt, wenn die Aechtheit vom Gegner geläugnet wird, hierüber Beweis zu führen hat, ohne daß der Gegner zu schwören braucht (l. 20. Cod. de fide instrum. l. ult. Cod. ad leg. Corn. de fals. nov. 18. c. 7. — In nr. IX. sucht er zu beweisen, daß das über comparatio literarum Gelehrte dem röm. R. nicht gemäß, oft nur sächsisches Recht, und gewöhnlich mit der novella 73. im Widerspruche sey, nach welchen die Schriftenvergleichung im heutigen Sinne nicht vorkomme.

2) Spangenberg giebt uns in diesem Archiv B. 2. Heft 1. nr. VIII. eine practische Abhandlung über die Beweiskraft archivalischer Urkunden, welche nicht wohl einen Auszug leidet.

3) Gensler handelt eben daselbst nr. I. von der Beweiskraft einer Privaturkunde gegen einen Dritten und dessen teutschr. Verbindlichkeit zur Anerkennung oder eidlichen Ableugnung, besonders in Hinsicht auf Cession.

XII) Ueber die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen im Beweisverfahren lehrt Hagemann in d. Erört. nr. LXIV. S. 271. daß

1) ein actuelles Mitglied der Gemeinde in Gemeindesachen vom Gegner der Gemeinde nicht zum Zeugen vorgeschlagen werden könne.

2) daß die wegen Verbrechen Bestraften nur dann zum Zeugnisse unfähig seyen, wenn sie des Verbrechens wegen als ehrlos erklärt sind.

3) daß bloße Freundschaft nicht immer verdächtig mache.

XIII) Ueber Edition der Handelsbücher lehrt

Hagemann Erörtr. nr. XIX. S. 121. daß der Kläger nur, in so ferne der Satz: actor replicando fit reus, bei ihm gelte, die Edition fordern könne; er betrachtet aber S. 123. die Handelsbücher als gemeinschaftliche Urkunden, und verbindet daher immer zu ihrer Edition; gemeinschaftlich nennt er die Urkunde, welche über ein- oder zweiseitige Handlungen zum Vortheile zweier Parteien errichtet, oder über Geschäfte und Gegenstände abgefaßt ist, weshalb man mit dem Besitzer der fraglichen Urkunde oder dessen Vorfahren in Verbindung gestanden ist, oder noch steht.

XIV) Zur Lehre vom Beweise gehören

1) die practischen Bemerkungen über den Gebrauch der Eidesdelation neben andern Beweismitteln von Gensler in diesem Archive I. Bd. 1. Heft nr. XII. S. 155.

2) die Abhandlung von Lotz über die Zurücknahme eines zu- oder zurückgeschobenen Eides, insbesondere wegen Gefahr des Meineides, in diesem Archive I. Bd. H. 2. nr. XXII. S. 280.

3) die Abhandlung Goldschmidt's in den Abhandlungen nr. IV. S. 31. über das jusjurandum calumniae und ihm verwandte Nebeneide. Der Verfasser verfolgt die Geschichte der Gesetzgebungen und liefert S. 48. eine Uebersicht aller aus den verschiedenen Gesetzen kommenden Arten des Calumnieneides.

4) Hagemann lieferte hierzu Beiträge in den Erörterungen nr. XXI. S. 132. über das juramentum credulitatis, nr. XXX. S. 166. über das Recht des Richters, in Ehescheidungssachen einer Partei den Eid aufzulegen; nr. LXIX. S. 292. vom Gebrauche der Eidesdelation nach verfehltem Zeugenbeweise. In nr. XXI. lehrt der Verfasser, daß der Glaubenseid in der Regel nicht Statt finde, aber wohl dann, wenn der Glaube des Delaten gerade die Thatsache ausmacht, auf deren unmittelbaren Beweis es ankömmt, oder wenn der Delat bereit ist, den angetragenen Glaubenseid zu leisten. Nach S. 136. läßt das Oberappellationsgericht zu Celle das juram.

Digitized by Google

suppletorium et purgatorium de credulitate zu. — In nr. XXX. rechtfertigt der Verf. die Zulässigkeit des Eides in Ehescheidungssachen, wenn der Eid über specielle Thatsachen deferirt wird, die eine gerechte Scheidungsursache begründen. In nr. LXIX. bestätigt er die Meinung, daß die Eidesdelation nach verfehltem Zeugenbeweise vor eingetretener Rechtskraft des Urtheils geschehen müsse.

5) Gensler behandelt in diesem Archiv Bd. 2. Heft 1. folgende hierher gehörige Gegenstände und Fragen: 1) Von dem Antrag des Schiedseides über facta aliena, namentlich über Cession. 2) Eine nähere Erörterung der Streitfrage: findet über die Legitimation zur Sache der Schiedseid statt? nr. I. desgleichen 3) Grundsätze der Einlassung auf eigene Handlungen und der desfallsigen Eideszurückschiebung. 4) Ueber den Gebrauch des sogenannten Glaubenseides, nr. II. S. 27. ff. ferner 5) ob der Anfang des Schiedseides in Ehescheidungs-Streitigkeiten Platz greife? nr. III. S. 36. f.

XV) Ueber Gewissensvertretung durch Beweis handelt Goldschmidt in den Abhandlungen nr. VI. S. 70. und beweiset, daß nicht das römische Gesetz, sondern nur der Gerichtsgebrauch (Quinctilian inst. orat. V. 6.) die Recusation des Eides durch Beweis eingeführt, das canonische Recht und die Reichsgesetzgebung darüber geschwiegen und die gemeinrechtliche Praxis das Institut, gewöhnlich aber mißverstanden, aus dem sächsischen Rechte aufgenommen habe.

XVI) Zahlreiche Beiträge hat die Lehre von den Rechtsmitteln erhalten.

A) Ueber Supplication und Revision findet sich nr. XI. S. 124. bei Goldschmidt eine Abhandlung, worin der Verfasser die Entstehung der röm. supplicatio und retractio, die darauf gebaute Anordnung des canonischen Rechtes über die Gründe, ein rechtskräftiges Urtheil umzustoßen (c. 9. X. de sent. et re judic. c. 5. X. de restit. in int.), die anfangs blos zum Behufe der Syndicatsklage, ohne die

Digitized by Google

Execution aufzuhalten, eingeführte reichsgesetzliche Revision, und die Unanwendbarkeit derselben erörtert.

B) Ueber Appellation liefert

1) Hagemann in seinen Erörterungen nr. XVI. S. 97. einen Beitrag über Zulässigkeit eines neuen Zeugenbeweises in der Appellationsinstanz nach eröffneten Zeugenverhören; er erklärt diesen Beweis nur zulässig, wenn a) ein ganz neuer, vorhin noch nicht vorgekommener, Thatumstand zur Sprache und Erörterung gebracht wird, b) wenn derselbe erheblich ist, und c) wenn solche Umstände zusammentreffen, daß bei den neuen Zeugen alle Arglist und Gefährde, eine verdächtige Anstiftung derselben nicht gedenkbar ist.

2) Mehrere Beiträge hierzu enthalten die von Gönner und Schmidtlein herausgegebenen Jahrbücher der Gesetzgebung in Baiern. II. Bd. nr. XX. S. 193. Die Erörterungen beziehen sich zwar nur auf den baierischen Proceß, enthalten aber auch manche, für Legislation oder für das gemeine Wohl fruchtbare Bemerkung, z. B. S. 199. den Beweis, daß die Vorschrift, nach welcher sogleich auf den bloßen Beschwerdenlibell, ohne Actenabforderung, die Appellation vom Oberrichter abgewiesen werden darf, nicht zu rechtfertigen sey. S. 216. über die Berechnung der Appellationssumme, wenn im Namen mehrerer Stiftungen über Forderungen appellirt wird, die zwar nicht einzeln, aber in der Zusammenrechnung die Appellationssumme erreichen. S. 222. über die Berechnung bei einem theils bestätigenden theils abändernden Urtheile zweiter Instanz. S. 249. über die Restitution gegen versäumte Appellationsfrist.

C) Ueber das Rechtsmittel der Restitution finden sich drei Abhandlungen in Hagemanns Erörterungen nr. IX. S. 59. 4. über die Restitution gegen eingetretene Rechtskraft, nr. X. S. 64. über die Restitution wider ein, nach abgestattetem Eide ausgesprochenes Erkenntniß wegen neu aufgefundener Urkunden. nr. XCV. über die Restitution wider die versäumte Notdfrist der Nichtigkeitsbeschwerde. In nr. IX. zeigt der Verfasser, daß die Restitution nicht begünstigt, und dann gar nicht

Digitized by Google

zulässig sey, wenn die Rechtskraft unlängst eingetreten, und als Folge der eigenen Fahrlässigkeit der Partei zu betrachten ist. In nr. X. lehrt er, daß gegen die auf das juramentum delatum gebauten Urtheile keine Restitution, dagegen dann zulässig sey, wenn der Eid ein nothwendiger vom Richter aufgelegter war. nr. XCV. bezieht sich blos auf die Hannöverische Oberappellationsordnung. Ueber das Wesen und die heutige Anwendbarkeit der prätorischen Restitutionen liefert einen Aufsatz Klien in diesem Archive I. Bd. 2. H. nr. XVI.

D) Ueber Nichtigkeiten handelt Goldschmidt in seinen Abhandlungen nr. X. S. 111. Er führt aus, daß den Römern ein eigentliches remedium nullitatatis bei dem Verhältnisse ihrer Gerichtsverfassung unbekannt gewesen, und erst durch das canonische Recht in das gemeine eingeführt worden sey, daß aber die canonische Praxis schon früh nullitates sanabiles a jure civili positivo eingeführten und die insanabiles a jure naturali unterschieden, daß die Reichsgesetzgebung diesen Unterschied immer beibehalten, der jüngste Reichsabschied daran neue practische Folgen geknüpft, die Praxis dagegen das Ganze willkührlich aufgefaßt und behandelt habe (s. darüber vorzüglich die in diesem Archive I. Bd. 2. Heft S. 170. angeführte Abhandlung Klüpfels).

XVII) Ueber die Proceßkosten handelt in diesem Archive I. Bd. 1. Heft nr. IV. S. 65, vorzüglich mit Rücksicht auf sächsisches Recht, Schweitzer.

XVIII) Die Lehre von dem vertragsmäßigen Schiedsrichter behandelt Goldschmidt in den Abhandlungen nr. XII. S. 135. er tadelt die Ansicht Gönners, welcher die judicia conventionalia als Bastarde nicht dulde, und stellt reiner, als es in den Compendien geschiehet, die eigentliche römische Ansicht in dieser Lehre auf.

XIX) Ueber das Ende des Processes lehrt Gesterding in der oft angeführten Schrift: Irrthümer ꝛc. nr. V. 2. S. 152. daß der Proceß außer den bekannten Arten durch rechtskräftige Entscheidung, und Vergleich auch durch Eid, jedoch

eigentlich nur durch den außergerichtlichen, durch Entsagung und dadurch beendigt werde, wenn das Object, worüber gestritten wird, im Laufe des Processes zu Grunde geht. In Ansehung der Entsagung greift er S. 157. die von Kind und Martin vorgetragene Theorie an.

XX) In Bezug auf die summarischen Proceßarten, und zwar

A) über den jüngsten Besitz lehrt Hagemann in seinen Erörterungen nr. LXXXVII. S. 359. daß in Spolien und jüngsten Besitzstreitigkeiten keine Appellation statt finde.

B) bei dem Arrestprocesse sucht Gesterding in der angeführten Schrift nr. XII. 7. S. 463. zu beweisen, daß die Gerechtigkeit eines Arrestes nur vom Ausgange des Processes abhänge, daß daher derjenige, welcher den Arrest bewirkte, wenn das Urtheil in der Hauptsache gegen ihn ausfällt, seinem Gegner den dadurch bewirkten Schaden zu ersetzen schuldig sey.

C) Eine Abhandlung über den Einfluß des Provocationsprocesses auf das Recht des Provocaten, in der Folge die Klage zu ändern, findet sich geliefert von Mittermaier im civil. Archive I. Bd. 2. H. nr. XX.

D) Zum Concursprocesse sind mehrere Beiträge erschienen.

1) Hagemann in den Erörterungen nr. XXXV. S. 181. fordert, daß, obgleich sonst das Gericht die Parteien nicht vor Schaden zu bewahren habe, doch die facta und omissa der Concurscuratoren einer höheren richterlichen Aufsicht unterworfen seyen, welche in den, das Interesse der Gütermasse bezielenden, Angelegenheiten darüber zu wachen habe, daß durch den Curator das Interesse der Gläubiger, so weit es rechtsbegründet erscheint, nicht gefährdet werde.

2) Derselbe handelt in den Erörterungen nr. LXXII. S. 305. von den Wirkungen der Stimmenmehrheit der Gläubiger im Concurse, und erkennt sie als zulässig und bindend für die Minorität in allen Fällen, wo es auf das gemeinsame Interesse aller Gläubiger ankommt; wo dagegen der Beschluß

Digitized by Google

das isolirte Interesse eines oder einzelner Creditoren, z. B. Rangbestimmung, pacta remissoria etc. betrifft, soll die Mehrheit nicht entscheiden können zum Nachtheile der Uebrigen.

3) In den Jahrbüchern der Gesetzgebung in Baiern von Gönner finden sich mehrere, auch für die gemeinrechtliche Praxis wichtige, Erörterungen, z. B. S. 245. über die Frage: ob der Contradictor im Concurse gegen das Prioritätsurtheil zu appelliren befugt sey? wobei entschieden wird, daß er wohl, hinsichtlich der Liquidität einer Forderung, niemals aber für einen Gläubiger, und noch weniger in Ansehung der Priorität appelliren könne. Bemerkenswerth ist S 283. die Erörterung über die Frage: ist das Prioritätsurtheil nur als ein Erkenntniß, oder als ein Aggregat eben so vieler Erkenntnisse zu betrachten, als Forderungen darin vorkommen; es wird gezeigt, daß das Erkenntniß nur als ein Agregat so vieler Erkenntnisse erscheine, als Forderungen darin vorkommen, daß der Umstand, daß dies der Form nach in einem Urtheile geschehe, das rechtliche Verhältniß nicht abändern, und eben so wenig das Urtheil zu einem juristischen Ganzen erheben könne, als dies durch eine Klagenhäufung geschieht; daher wird S. 299. auch der Satz vertheidiget: daß jedes Urtheil, so weit nicht dagegen appellirt worden, also nicht nur allein in Ansehung der Punkte, gegen welche nicht appellirt wurde, sondern auch in Ansehung jener Parteien, welche dagegen nicht appellirt haben, rechtskräftig werde.

4) In dem größeren Werke: Handbuch des baierischen Univeisalconcursprocesses, von J. B. Betsch, Erlangen 1818. obgleich die Schrift sich der Haupttendenz nach auf baierisches Recht bezieht, finden sich manche auch für den gemeinen Proceß fruchtbare, Bemerkungen, S. 126. über das Vorbringen der Einreden im Concurse, S. 151. über die Abfassung des Prioritätsurtheils, wobei S. 167. der von Gönner angegriffene Satz sich findet: daß das Prioritätsurtheil kein Aggregat einzelner Erkenntnisse sey. S. 206. von der Execution im Concurse, S. 215. eine Vergleichung des bairischen Concurs-

Digitized by Google

processes mit dem gemeinrechtlichen, österreichischen und preussischen.

5) Die Schrift: das Concursverfahren, vorzüglich bei den Untergerichten, kurz dargestellt mit einigen Verbesserungsvorschlägen von J. Gerlach. Marburg 1818. enthält nur eine Skizze des hessischen Concursprocesses.

6) Bedeutend ist aber: die Lehre vom Gant und Gantverfahren nach römischem, nach gemeinem, und nach wirtembergischem Recht, von Dr. Carl Friedrich Reinhardt. Stuttgart 1819.

XIII.

Ueber den Gang der Civilproceßgesetzgebung in den deutschen Staaten im Jahre 1818.

Von Mittermaier.

§. 1.

Es kann nicht die Absicht des gegenwärtigen Aufsatzes seyn, alle in den deutschen Staaten in unserer gesetzgebungslustigen Zeit zahllos entstehenden, wie flüchtige Gestalten oft vorübereilenden, einzelnen Verordnungen anzugeben; nur die Hauptrichtungen, welche die Bestrebungen der Gesetzgeber im Fache des bürgerlichen Processes auszeichnet, und die darauf einwirkenden Einflüsse verdienen hier eine Würdigung *). Der gemeine

*) Der Herr Verfasser dieses Aufsatzes konnte zur Zeit dessen Niederschrift noch keine Kenntniß von der kräftigen Thätigkeit haben, welche im Jahr 1818 auch die gesetzgebende Gewalt in dem Königreich Wirtemberg beseelte. Höchst merkwürdig sind ihre Producte. Eine hohe praetische Uebersicht der Justizpflege und deren Institute, verbunden mit einer tiefen wissenschaftlichen Kenntniß sprechen sie aus; obgleich die dort vorgeschriebenen Regeln für das gerichtliche Verfahren einstweilen nur Verbesserungen des ältern Processes enthalten und eine geschlossene vollständige Proceßordnung, so wie ein Civil und Criminalgesetzbuch, nachfolgen wird. Man muß folgende königl. Wirtemb.

deutsche Proceß, ehrwürdig durch sein Alter, durch die Grundsätze, welche der jüngste Reichsabschied ausspricht, und durch die wissenschaftliche Pflege, welche er seit Jahrhunderten in reichem Maaße gefunden hat — wurde vor einigen Jahrzehenden vorzüglich von den Verehrern des preußischen Processes angegriffen. Die damals durch die Erscheinung der preußischen Gerichtsordnung bewirkte Reform hätte wohlthätig auf die Proceßlegislation überhaupt wirken können, wenn man nicht zu rasch dem preußischen und gemeinen Proceß feindlich sich entgegengesetzt hätte. Gewöhnt in Deutschland, Alles zu generalisiren, und sich glücklich zu preisen, wenn man nur eine neue Maxime gefunden hat, gefiel man sich in der Aufstellung der Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime, betrachtete beide als feindlich sich entgegenwirkende Kräfte, und hinderte dadurch eine unparteiische Ansicht [1]). Zu den Gegnern des gemeinen Processes kommen in neuerer Zeit auch die Anhänger des französischen Verfahrens, oder doch einzelner Bestimmungen desselben. Diese sind unter sich selbst nicht einig. Einige wollen den französischen Proceß in allen seinen Grundbestandtheilen, nur mit einigen Verbesserungen, eingeführt haben, andere wünschen, daß vorzüglich die Oeffentlichkeit der Verhandlungen aus dem

---

Edicte als einzelne Bestandtheile eines zusammenhängenden Ganzen betrachten: 1) Edict über die Gemeindeverfassung. 2) Edict über die Oberamtsverfassung. 3) Edict über die Verwaltung der Stiftungen. 4) Edict über die Rechtspflege in den untern Instanzen. 5) Edict die Zahl und die Gehalte der bei der Bezirksverwaltung anzustellenden Justiz- und Regierungsbeamten betreffend. Sämmtlich diese Edicte sind datirt vom 31ten December 1818. Das 4te enthält 112 Seiten in 4. §§. 227. Reichhaltigen Stoff findet hier wissenschaftliche Prüfung; für diese aber fehlt es hier am Raum. Sie bleibt vorbehalten.

Gensler, d. Z. Red.

1) Es bemerkt Gensler in der Note 6 angeführten Schrift, S. 40. mit S. 52 u. 56, daß es unrichtig sey, dem Richter nach der gemein-teutschrechtlichen Verhandlungsmaxime nur eine negative Thätigkeit als Regel beizumessen; daß die Regel: nichts von Amtswegen, auch als Regel falsch sey; daß auch hier die amtliche Thätigkeit des Richters, dessen Leitungsrecht, seine Frag- und Aufklärungsbefugniß, seine Pflicht zur beständigen wissenschaftlichen Reflexion über die Tauglichkeit der Vorträge, zum Verhindern und Auswerfen alles Irrelevanten u. s. w., nicht weniger stark sey, als in dem preußischen Proceß, und daß man also die Regel: nichts von Amtswegen, nur auf das officielle Suppliren solcher Thatsachen strenge beschränken müsse, welche die Parteien gar nicht vorbrachten. So auch in desselben Handbuch zu Martin S. 65.

französischen Verfahren in den deutschen, besonders in den preußischen Proceß, mit zweckmäßigen Modificationen übergetragen werde. Mit lebhaften Farben werden die Vortheile der Publicität geschildert [1a]), während Andere, besonders Schramm [2]), Trittermann [3]), v. Kamptz [4]), Gönner [5]), Gensler [6]), Köl [7]), die Nachtheile jener Oeffentlichkeit in reinen Privatrechtsstreitigkeiten mit eben so warmer Liebe für das vaterländische Institut warnend herausheben. Beachtung verdienen dabei die Bemerkungen des von Dalwigk [8]), in welchen er, ehe von Einführung der Oeffentlichkeit gesprochen werden kann, drei präparatorische Verfügungen verlangt, und zwar ein darnach eingerichtetes Civilgesetzbuch, eine dazu

---

1a) Vorzüglich in nachstehenden Schriften: Die Vorzüge der öffentlich mündlichen Rechtspflege von Ph. Hadamar. Mainz 1815. Gründe für und wider die mündliche Rechtspflege in bürgerlichen Rechtssachen, von einem Justizbeamten des linken Rheinufers. Mainz 1816. Neue Gründe zur Bestätigung der Vorzüge der öffentlich mündlichen Rechtspflege. Köln 1817. Ueber das öffentliche mündliche Verfahren in bürgerl. u. peinl. Rechtssachen, von Bewer. Düsseldorf 1818. Rechtfertigung des öffentl. mündlichen Verfahrens im Civilprocesse und peinl. S. gegen seine Verfolger. Düsseldorf 1817. Rappard über das öffentliche Verfahren in Civilprocessen, und wie bei dessen Einführung die Gerichte am zweckmäßigsten einzurichten. Hamm 1817. und mehrere Aufsätze im niederrheinischen Archive für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtspflege. Herausgegeben von G. v. Sandt, und Zum Bach. Köln 1817. bisher III Bände.

2) Schramm freie Bemerkungen über das öffentl. mündliche Verfahren in Rechtssachen. Elberfeld 1817.

3) Trittermann die Nachtheile des öffentlichen Verfahrens in bürgerl. u. peinl. Rechtss. Düsseldorf 1817.

4) v. Kamptz Jahrbücher für die preuß. Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung. Berlin 1814. in mehreren Recensionen v. 17ten Hefte an.

5) Gönner Entwurf eines Gesetzb. über das gerichtl. Verfahren in bürgerl. Rechtss. in den Motiven S. 899.

6) Gensler Beitrag zu der Gesetzgebung für die Verfassung der teutschen Gerichte und des Verfahrens vor und von denselben. Heidelberg 1818.

7) Briefe über die jetzigen Angelegenheiten der deutschen Rheinlande. Herausgegeben von Köl. Nürnberg 1818.

8) Freiherr v. Dalwigk auch ein Wort über die Anwendbark. d. mündl. öffentl. Rechtspflege in bürgerl. Rechtssachen. Frkf. a. M. 1818.

Digitized by Google

passende Organisation der Justizstellen, ein passendes gerichtliches Verfahren.

Die meisten Stimmen vereinigen sich wohl dahin, daß mit Beibehaltung der richterlichen Proceßdirection vom Anfange des Processes an, mit Weglassung der im französischen Proceße gewöhnlichen Verhandlung unter den Anwälden bis es zur öffentlichen Sitzung kömmt, und mit Abschaffung des Vollstreckungsverfahrens durch die Gerichtsdiener nach französischem Verfahren, die Oeffentlichkeit mit dem preußischen Processe, oder dem gemeinrechtlichen verbunden und vorzüglich eine Beschleunigung des Verfahrens durch Einschränkung der ausgedehnten schriftlichen Verhandlungen, und des übermäßigen Einflusses der Advocaten bewirkt werde. Versuche, ein auf diese Art bearbeitetes Verfahren einzuführen, enthalten (außer den schon in den zuvor angeführten Schriften geäußerten Vorschlägen [9]), vorzüglich die Schriften von Puttlitz [10]), Bessel [11]), und eine von Mallinkrodt herausgegebene Schrift [12]). Der Erste schlägt vor, den Streit nach der in der preußischen Gerichtsordnung vorwaltenden Leitungsmethode instruiren zu lassen, hierauf die Acten zur Anfertigung eines Votums mit Gründen einem Referenten vorzulegen, nach erfolgter Arbeit des Referenten in öffentlicher Audienz die in den Acten entworfene, von den Parteien oder deren Sachwaltern genehmigte Darstellung des Thatbestandes, so wie die Beweisstücke vorlesen zu lassen, hierauf den Advocaten das mündliche Darstellen ihrer Rechtsgründe (unter ausdrücklichem Verbot unnöthiger Einmischung des Thatbestandes, aller Floskeln ꝛc.) zu verstatten, hierauf im

---

9) Besonders in der Schrift: neue Gründe zur Bestätigung der Vorzüge der öffentlichen mündlichen Rechtspflege in Civilsachen. Köln 1818.

10) Vertheidigung der preußischen Gerichtsverfassung durch Darstellung ihrer Grundzüge und Vergleichung derselben mit den Grundsätzen der französischen Rechtspflege. Vom preuß. Ober-Landesgerichtsrathe von Puttlitz. Köln 1818.

11) Ueber die Gesetzgebung für die Rechtspflege, mit besonderer Rücksicht auf die Beschränkung des Untersuchungsverfahrens, die Vereinigung der Anwälde und des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit dem processual. Verfahren nach der allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, von Bessel dem Jüngern. Leipzig 1818.

12) Der preußische Proceß ohne die ihm zum Vorwurfe gemachten Mängel und unter Aufnahme der Oeffentlichkeit der Rechtspflege, von einem preußischen Rechtsgelehrten, mit einer Vorrede über Oeffentlichkeit der Rechtspflege, Geschwornengericht ꝛc. von Dr. Arn. Mallinkrodt. Jena 1819.

Digitized by Google

Deliberationszimmer das Votum des Referenten nebst seinen Gründen zu hören, und nach vollendeten Debatten und gefaßtem Beschlusse das Urtheil in der Audienz zu verkündigen. — Bessel findet S. 5. das Recht des Richters, von Amtswegen Thatsachen zur Untersuchung zu ziehen, Beweismittel aufzunehmen oder Adcitationen zu verfügen, mit den Rechten des Staates im Civilprocesse nicht übereinstimmend, jedoch giebt er dem Richter das Recht, die Parteien auf solche Thatsachen, Beweismittel u. a. aufmerksam zu machen, und ihnen in kurzer Frist die Stellung von Anträgen deswegen bei Gericht zu gestatten; er nimmt den Gang des Processes nach den gewöhnlichen 4 Schriften an, verlangt, daß jeder Parteivortrag in der Regel auch die Beweismittel enthalte, und macht nun zweifache Vorschläge, 1) wenn Anwälde aufgestellt sind, oder 2) die Parteien selbst erscheinen. Im ersten Falle will er die Bestimmungen der preuß. Gerichtsordnung Einl. §. 7. 17. Theil I. Tit. 10. §. 5. 91. 101. Tit. 17. §. 5. aufgehoben wissen, die Schriften werden, nach seinem Vorschlage, vom Gerichte den Parteien wechselseitig hinausgeschlossen. Nach Einreichung der Duplik soll der Gerichtsdeputirte in 3 Tagen die Darstellung des Sachverhältnisses und der factischen Streitpunkte entwerfen, und den Parteien vorlegen, mit dem Auftrage, sich binnen 24 Stunden zu erklären. In der öffentlichen Sitzung (nur aus Gründen, welche in der Ehrfurcht vor den Sitten liegen, ist Verhandlung bei verschlossenen Thüren zulässig) soll der Kläger das Sachverhältniß vortragen, und sich der Beklagte darüber erklären; wenn Streitigkeiten in facto vorhanden sind, soll der status causae verlesen werden. Der Kläger soll hierauf seine Rechtsgründe eben so, wie nach ihm der Beklagte, entwickeln, bis das Gericht die Verhandlung für geschlossen erkärt. Das Gericht kann Berichterstattung einem Mitgliede auftragen; das Beweisdecret regulirt die Beweislast, die Zeugen werden öffentlich vernommen. Nach geendigtem Beweisverfahren wird vom Gerichte eine öffentliche Sitzung anberaumt. Der Deputirte des Gerichts eröffnet die Sitzung mit dem Vortrage über das Resultat des Beweisverfahrens, die Parteien tragen dagegen ihre Einwendungen vor, entwickeln die Rechtsgründe, und zwar macht der Product den Anfang. — Auf gleiche Art ist das Verfahren in der Appellationsinstanz vorgeschlagen. — Wenn keine Anwälde da sind (S. 27.), so ist das Verfahren mündlich und öffentlich; die Vorladung des Beklagten erfolgt zu einer der drei öffentlichen Gerichtssitzungen, welche auf die Anstellung der Klage folgen; die Sitzung vertritt die Stelle des Instructionstermins; alle Thatsachen müssen darin vorgetragen werden. Die Darstellung des Sachverhältnisses geht jedem Erkenntnisse voraus, und wird

den Parteien in der Sitzung des Gerichts zur Erklärung vorgelegt. — Alle Processe, welche Geldsummen von nicht 20 Thlr. betreffen, nehmen ihren Anfang mit der Ertheilung eines Zahlungsmandats, nach welchem der Verklagte entweder binnen 14 Tagen zahlen oder rechtliches Gehör suchen muß.

Auch der Verfasser der von Mallinkrodt herausgegebenen Schrift unterscheidet das Verfahren S. 2, ob die Parteien in Person erscheinen und mündlich vortragen, oder Mandatarien bestellen und schriftlich verhandeln. Im letzten Falle, wenn die bei Gericht versuchte Sühne nicht zu Stande gekommen ist, wird den Anwälden aufgetragen, den unter sich reguliren status causae et controversiae bei Gericht einzureichen; sie können dazu unter sich Schriften wechseln, allein eine solche Verhandlung wird nicht als zum Processe gehörig angesehen (S. 23), oder sie können gemeinschaftlich die Redaction vornehmen, und sich wechselseitig den status causae zu Erinnerungen zusenden. Der bei Gericht eingereichte status causae entscheidet darüber, was geschehen soll, weswegen Vortrag im Collegio gehalten wird. Es werden die Beweise aufgenommen, wenn sie nöthig sind, und die Entwerfung der Relation veranlaßt. Wenn diese vorgetragen werden soll, so können die Parteien persönlich, oder deren Anwälde, ihre Rechte noch mündlich vertheidigen, wobei es den Parteien oder auch nur einer derselben freisteht, darauf anzutragen, daß dies öffentlich geschehe. Die Parteien müssen dies dem Gerichte anzeigen, 8 Tage vor der Sitzung werden die öffentlich abzuurtheilenden Sachen an der Gerichtsstätte ausgehangen. — Nach vollendetem mündlichen Verfahren und nach dem Abtreten der Zuhörer wird die Relation vorgetragen. Die Publication des Erkenntnisses geschieht bei eröffneten Thüren der Gerichtsstube. — Auch wenn die Parteien in Person verhandeln, dürfen sie nach eingeleiteten Recessen noch bei offenen Gerichtsthüren mündlich vortragen, worauf es nach ihrer Ansicht ankömmt.

Eine ganz besondere Aufmerksamkeit verdient von den neueren Processgesetzen der für die großherzoglich hessischen Staaten bekannt gemachte Entwurf *), von welchem hier ein kurzer Auszug an seinem Ort seyn dürfte.

---

*) Großherzogl. Hessische Darmst. Zeitung v. 1818. nr. 102.

Die jetzige Redaction dieses Archivs muß sich hier die Bemerkung erlauben, daß, nachdem der Mitherausgeber M. obigen Aufsatz zum Abdruck hierher sendete, erschienen ist: „Neue Civilproceß-Gesetzgebung für das Großherzogthum Hessen, mit den Motiven der Großherzogl. Gesetze-Redactions Commission, erstes Heft mit dem zweiten Titel: „Motive zu dem Gesetzbuche für das

In der Regel geschehen die Vorträge der Parteien bei den Landgerichten mündlich zu Protocoll (Art. 2), wenn beide Parteien aber wollen, daß in der Sache schriftlich verhandelt werde, und wenn sie dies zu Protocoll erklären, so steht es in dem Ermessen des Landrichters, das schriftliche Verfahren zu verordnen; nur soll dies als seltene Ausnahme eintreten, wo sich nämlich aus besonderen Verhältnissen ein wirkliches Interesse der streitenden Theile an dieser Abweichung erkennbar darstellt (A. 53.) Die Klage wird dadurch bei Gericht angebracht, daß der Kläger dem Richter den Zweck und die Gründe derselben vorstellt (Art. 3). Die Protocolle sollen sich nur auf die Verzeichnung der factischen Verhältnisse und der Gesuche beschränken; wenn das Rechtliche den Gegenstand des Streites bildet, sollen sie nie über eine einfache Andeutung der Rechtsregel, worauf Jeder sein Gesuch stützt, und die Bemerkung des Widerspruchs hinausgehen. Rechtliche Ausführungen, die zwar die Parteien mündlich vortragen können, sollen keine Stelle im Protocolle finden (Art. 2). Es ist Pflicht des Richters, auch aus verworrenen Vorträgen der Parteien sich durch zweckmäßige Fragen eine klare Ansicht der relevanten factischen Verhältnisse zu entwickeln, und dasjenige, was unter dieser Voraussetzung dem Rechte einer Partei entspricht, zu berücksichtigen, wenn auch die Partei selbst ihre Rechte nicht genügend ausgeführt hat (Art. 1). Wenn die Klage vorgebracht ist, und 1) der Richter die Zuständigkeit nicht begründet findet, so verweist er den Kläger an den zuständigen Richter mit Namhaftmachung desselben (A. 4). 2) Wenn der Richter findet, daß der Kläger überhaupt oder allein nicht vor Gericht zu handeln unfähig sey, so erläßt er das nöthige anweisende Decret, oder weiset den Kläger kurzer Hand zur Nachbringung des Fehlenden an (Art. 5), eben so, wenn der Richter findet, daß es an der Legitimation zur Sache fehle (6) Wenn der Richter sieht, daß die Klage nach dem Vorgebrachten zur Zeit nicht Statt finde oder unrechtlich sey, so kann er die Einleitung des Processes versagen (7), wenn er findet, daß die Gesuche nur in gewisser Hinsicht unbegründet, oder dem Zwecke nicht entsprechend seyen, so kann er Vorstellungnn machen, darf aber die Einleitung des Processes nicht verweigern (8). In der Regel wird in diesen Fällen der Beschluß des Richters nur zu Protocoll dictirt, schriftlich durch Decret aber nur ausgefertigt, wenn der Kläger es verlangt. Auch wenn kein Protocoll aufgenommen wird, müssen doch in der Sitzungstabelle die Namen der Parteien, Streitgegenstand und Gesuch kurz bemerkt werden (9). Findet der Richter kein Hinderniß (4—7) so verfügt er die Ladung des Beklagten (10), die diesem durch

---

Großherzogthum Hessen über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, herausgegeben von P. J. Floret, Großh. Hess Oberappellationsgerichtsrathe und Mitgl. der G. R. C. Erstes Heft. Ordnung des gewöhnlichen Verfahrens bei Land- und Stadtgerichten. Darmstadt u. Giessen 1818. bei Heyer und Leske. Auch wurde nach dieser Zeit in der Großherzogl. Zeitung, Darmstadt d. 22. Mai 1819. nr. 61. der Entwurf der zweiten Abtheilung der künftigen Großh. Hess. Civilproceßordnung zur öffentlichen Kunde gebracht; überschrieben: „das gewöhnliche Verfahren bei den Mittelgerichten, 1) das Verfahren in erster Instanz, 2) das Verfahren in der zweiten Instanz. 3) Von den Rechtsmitteln gegen die Erkenntnisse der Mittelgerichte.“

Gensler, d. Z. Red.

Digitized by Google

den Gerichtsboten insinuirt wird (12). Die Frist beträgt nie über 14 Tage. Der Kläger kann die ausgefertigte Ladung selbst übernehmen, um sie durch den Gemeindevorsteher einhändigen zu lassen (12). Für den Kläger gilt die mündliche Bemerkung des zur Verfolgung der Sache angesetzten Gerichtstags statt Ladung, nur hat er das Protocoll zu unterschreiben (10). Der Beklagte kann um Ansetzung eines neuen Gerichtstags bitten; dies wird ihm gewährt, aber weitere Prolongation nur gegeben aus Gründen, die aus physischer oder moralischer Unmöglichkeit, im Termine zu handeln, abgeleitet sind (19). Erscheint im angesetzten Gerichtstage Niemand, so bleibt die Sache liegen. Erscheint der Kläger nicht, so kann der Beklagte um Lossprechung von der Instanz und Verurtheilung des Klägers in die Kosten bitten. Erscheint der Beklagte nicht, so kann der Richter, wenn er auf irgend eine Art weiß, daß der Beklagte sich im Zustande der Unmöglichkeit befindet, einen andern Termin von Amtswegen ansetzen, ist dies nicht, so wird Beklagter für geständig der Klage und der Einreden für verlustig erklärt und verurtheilt (21). Binnen 8 Tagen von Bekanntmachung an, kann der Beklagte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen, die auch ertheilt wird, wenn der Beklagte die Kosten trägt, entschädigt, und Entschuldigungsgründe anbringt, welche früher angebracht das Gesuch um Erstreckung begründet hätten (22), oder bei einem nach 8 Tagen angebrachten Restitutionsgesuche die Unmöglichkeit des früheren Einbringens darthun (23). Wird die Restitution abgeschlagen, so findet dagegen Beschwerde bei dem höheren Richter statt (22). Erscheinen im Termine beide Theile, so fordert der Kläger, nachdem das Protocoll über die Klage vorgelesen ist, die Antwort des Beklagten (25). Findet der Richter, nach gehöriger Erzählung des Beklagten, und Beantwortung der geeignet gestellten Fragen, daß der Beklagte eine Gerichtsstand ablehnende, oder die ihr gleichgeachtete Einrede des schon beendigten Rechtsstreits, oder Einreden wegen Legitimation, Inhabilität des Klägers, oder Caution habe, so ist die Behandlung der Hauptsache bis zur Erledigung des präjudiciellen Punkts auszusetzen, worauf das Gesuch des Beklagten über diesen Punkt mit den zum Grunde liegenden Thatsachen, und der bestimmten Antwort des Klägers darauf kurz zu Protocoll genommen und das Erkenntniß darüber vom Richter gegeben wird, wogegen Berufung statt hat, die aber auch bis zur Berufung gegen das Endurtheil verschoben werden kann, mit Ausnahme des Urtheils über Competenz (25). Andere verzögerliche Einreden sollen ein eventuelles Mitbehandeln der Hauptsache nicht hindern. Bei Behandlung der Hauptsache muß der Richter dafür sorgen, daß er eine vollkommen bestimmte Antwort des Beklagten über die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen, und die etwa vorgebrachten Urkunden erhalte. Die Thatsachen der etwa vorgebrachten Einreden werden, wie die Widerklage, protocollirt (A. 26). Der Richter muß sorgen, daß er die Antwort des Klägers auf die Thatsachen der Einreden und Widerklage erhalte: so wie es ihm überhaupt zur Pflicht gemacht ist, zu bewirken, daß über jede vorgebrachte Thatsache die Erklärung des Gegentheils, und sonst bestimmte Erklärungen der Partheyen für und gegen die Thatsachen protocollirt werden. (A. 27). Ist der Rechtsstreit so instruirt, so kann jeder Theil dem Richter, was er außer dem factischen Verhältnisse berücksichtigt zu sehen wünscht, kurz mündlich vortragen (A. 29). In derselben oder in der folgenden Sitzung muß der Richter das Erkenntniß mit Gründen geben (A. 30). Eine Verschiebung des Urtheils ist nur erlaubt, wenn a) über eine noch nicht anerkannte wichtige Urkunde Beweisführung durch Urkunden nöthig wird, b) wenn der Richter die

Digitized by Google

Einsicht noch nicht vorgelegter Urkunden, oder c) die Einnehmung eines Augenscheins für nothwendig hält, d) oder Begutachtung durch Sachverständige vorschreibt, oder e) wenn ein Theil dem anderen den Eid zugeschoben hat, und der Richter sieht, daß dadurch die ganze Sache beendigt werde (A. 30).

In allen Fällen, das Urtheil mag definitiv entscheidend, oder Eid verfügend, oder Beweis auflegend seyn, findet Berufung statt, nur kann im dritten Falle die Berufung von der Beweissentenz auch mit der von der dereinstigen endlichen Sentenz verbunden werden (35). Die Beweissentenz soll genau die Thatsachen, welche von der Partei bewiesen werden sollen, und den Gerichtstag festsetzen, in welchem der Beweis und Gegenbeweis angetreten werden soll. Der Richter muß den Parteien die Wirkungen der Beweisauflage erklären. Die Beweisfrist soll nicht 8 Tage von der Berufungsfrist entfernt seyn (A. 36). Wenn die Partei, welcher der Beweis aufgelegt ist, im bestimmten Termine erscheint, so muß sie die zu gebrauchenden Beweismittel, und die Punkte des Beweisgegenstandes zu jedem Beweismittel, zu Protocoll geben; der Richter muß durch zweckmäßige Fragen und Belehrung darüber, was zum vollen Beweise des Gegenstandes gehört, bestimmte Erklärungen veranlassen; eben so ist es mit dem Gegenbeweise zu halten (Art. 37). Bei angetretenem Zeugenbeweise werden sogleich die Zeugen vorgeladen, und die Parteien mündlich des Erscheinens willen in Kenntniß gesetzt (38). Im nämlichen Termine, in welchem Zeugenbeweis angetreten wird, muß der Gegner seine Einreden gegen die Personen der Zeugen vortragen, worüber der Richter sogleich zu erkennen, und verwerfliche Zeugen nicht vorzuladen hat. Dagegen, so wie gegen die übrigen Beweiserkenntnisse, hat keine Berufung Statt (Art. 39). Die Zeugen werden in Gegenwart der streitenden Theile vereidet, und jeder besonders, aber in Gegenwart der Parteien vom Richter befragt und ihre Aussagen protocollirt (40). Die Zeugen dürfen in ihren Erzählungen nicht unterbrochen werden; nachher dürfen aber die Parteien den Richter ersuchen, den Zeugen gewisse Fragen, die sie zur Aufklärung der Sache für nöthig halten, vorzulegen. Auch darf der Richter von Amtswegen aufklärende Fragen stellen (Art. 41). Das Protocoll darf nicht den ungeordneten Vortrag des Zeugen, sondern durch Fragen eine zur höchsten Deutlichkeit geordnete Zusammenstellung desjenigen, was er zur Sache gehöriges ausgesagt hat, enthalten; über die Fassung des Protocolls können aber Zeugen und Parteien ihre Bemerkungen zu Protocoll geben (A. 41). In Fällen, wo die Ansicht des Orts zur Beförderung der Deutlichkeit der Zeug-nausfagen nützlich seyn kann, kann der Richter ex officio die Vernehmung am Orte verfügen und die Parteien dürfen es begehren (42). Wenn Beweis durch Vorlegung von Urkunden angetreten wird, so werden dieselben dem andern Theile zur Einsicht vorgelegt, und die Erklärung über Anerkennung gefordert (Art. 43). Beruft sich ein Theil auf Urkunden, zu deren Herausgabe er den Gegner oder einen Dritten für verbunden erachtet, so wird darüber derjenige, von dem die Edition gefordert wird, gehört, und über seine Verbindlichkeit geurtheilt; wird die Herausgabe als Pflicht ausgesprochen, so kann Berufung alsbald, im entgegengesetzten Falle erst mit der vom Endurtheile ergriffen werden (44). Wenn Eid zugeschoben wird, so kann die Erklärung darüber vom Delaten sogleich, aber auch, wenn er will, in einem späteren Termine gegeben werden, in welchem der Eid abgeleistet oder zurückgeschoben werden muß. Wenn der, dem der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben worden, die Unzulässigkeit behauptet, der Richter aber die Zulässigkeit ausspricht, oder die Eidesformel regulirt, so hat dage-

Digitized by Google

gen sogleich die Berufung Statt (45). Erscheinen in dem zur Beweisesantretung bestimmten Termine beide Theile nicht, so bleibt die Sache liegen, bis der Gegentheil des Beweisführers auftritt, und um Contumacialurtheil bittet, wogegen Wiedereinsetzung (wie in Art. 22. 33) Statt hat (47). Erscheint der Beweisführer nicht, so kann der Gegner sogleich um Erlassung des Contumacialurtheils bitten; erscheint der Gegner des Beweisführers nicht, so kann der Producent bitten, den Gegner des Gegenbeweises und der Einreden gegen die Zeugen für verlustig, die vorgelegten Urkunden als anerkannt zu erklären, wenn die Urkunden ihm schon früher bekannt waren, im entgegengesetzten Falle muß abschriftliche Mittheilung der Urkunden verfügt und neuer Termin angesetzt werden. Bei Beweise durch Eid wird der nicht erschienene Gegentheil mit der Verwarnung vorgeladen, daß bei weiterem Nichterscheinen der zugeschobene Eid als verweigert erklärt würde (48). Wenn beide Theile nicht erschienen sind, so kann ein Endurtheil in diesem Termine nicht gegeben, sondern muß neuer Termin gesetzt werden (49). Wenn die Beweisführungen beendigt sind, so kann jeder Theil dem Richter über geführten Beweis und Gegenbeweis die ihm nützlich scheinenden Bemerkungen mündlich vortragen, das Endurtheil wird dann sogleich, oder am nächsten Gerichtstage, wozu die Parteien mündlich vorzuladen sind, gegeben (50). Die Berufung findet von den Urtheilen der Landgerichte nur unter Voraussetzung Statt, daß der Gegenstand der Klage nicht wohl schätzbar ist, z. B. bei Dienstbarkeiten und solchen Gerechtsamen, oder wenn er dieses ist, den Werth von 50 fl. an Kapital und Zinsen erreiche; jährliche Renten werden in dem 25 fachen Werthe angeschlagen (51). Die Berufung muß binnen 10 Tagen bei dem Landgerichte angezeigt werden, gerechnet bei Urtheilen, die förmlich ausgefertigt werden müssen, vom Tage der Einhändigung, bei den auf Begehren des Appellanten auszufertigenden, vom Tage der mündlichen Eröffnung an; wobei der Richter immer den Parteien die Fatalien der Berufung erklären muß (52.)

Wenn schriftlich verfahren wird (Art. 53), so sind die Fristen, wenn sie nicht durch Uebereinstimmung der Parteien anders festgesetzt werden, zu 14 Tagen bestimmt (54). Die Klagschrift wird, wie die mündlich vorgebrachte Klage (Art. 4—7) geprüft, und wenn kein Hinderniß da ist, zur Vernehmlassung mitgetheilt (55). Die Vorschriften der Art. 12. 15. 19. 21 23. gelten auch hier (Art. 56) Mit dem Gesuche um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand muß die Vernehmlassung auf die Klage verbunden werden, wenn nicht die Unmöglichkeit, dies zu thun, nachgezeigt werden kann (58). Die in Art. 25. angegebenen Einreden befreien auch beim schriftlichen V. von der Pflicht, sich in der Sache zu erklären, sie werden dem Kläger zur Gegenerklärung mitgetheilt, welche hierauf dem Beklagten communicirt und Termin zur Eröffnung des Urtheils über den Präjudicialpunkt angesetzt wird (59). Wenn der Beklagte sich in der Hauptsache erklärt, so muß er bei jeder der Klage zum Grunde gelegten Thatsache, welche er ableugnen will, dies genau und bestimmt thun, und jedes Uebergehen einer Thatsache mit Stillschweigen oder jede unbestimmte Antwort wird für Einräumung angenommen. Mit der Einlassung müssen alle Einreden verbunden werden (60). Nur wenn in der Antwort des Beklagten oder bei Einreden oder Widerklage noch nicht zur Sprache gekommene Thatsachen vorkommen, muß vom Kläger eine Gegenerklärung gefordert werden, und nur bei vorkommenden neuen Thatsachen in der Gegenerklärung des Klägers findet weitere Erklärung des Beklagten Statt (61). Nach beendigten Verhandlungen wird Termin zur Urtheilsfällung angesetzt (62). Glaubt der Richter, daß die Sache zur Fällung

Digitized by Google

eines Urtheils genügend vorbereitet sey, so liest er in dem Termine den Parteien eine von ihm gefertigte Darstellung des Streitverhältnisses vor; die Parteien können dasjenige, was sie zur Berichtigung der richterlichen Darstellung bewerken wollen, vorzutragen und ins Protocoll aufnehmen zu lassen, worauf der Richter das Urtheil selbst mit seinen Gründen ausspricht, wenn nicht die gemachten Bemerkungen der Parteien einen neuen Termin zur Urtheilseröffnung nöthig machen (62). Die Beweisfrist enthält eine Beweisfrist von gewöhnlicher Dauer (63). Die Beweise werden durch Uebergabe einer Schrift angetreten, welche die Beweismittel und die Punkte, worüber sie zu brauchen sind, angiebt. Die Schrift wird dem Gegentheile zur Gegenerklärung mitgetheilt (64). Nur bei dem Urkundenbeweise wird sogleich ein Gerichtstag zur Vorlegung der Urkunden anberaumt, in allen andern Fällen werden die zur Ausführung der Beweise nöthigen Schritte erst nach eingekommener oder gehörig präcludirter Erklärung des Gegners über Beweisantretung eingeleitet (64). In der Gegenerklärung über angetretenen Zeugenbeweis müssen die Einreden gegen Person der Zeugen vorgebracht werden (65). Die Vorschriften der Art. 39—44 gelten auch im schriftlichen Verfahren (66). Bei Eideszuschiebungen hat der Gegner in seiner Erklärung alle Einwendungen gegen Zulässigkeit des Eides oder die Formel vorzubringen, hiermit ist die eventuelle Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung zu verbinden; ist diese unterlassen, so wird der Eid, wenn die Einreden verworfen werden, für angenommen gehalten und Termin zur Abschwörung angesetzt (67). Die Bestimmungen der Art. 45—49 finden auch bei schriftlichen Verfahren Statt (68—70). Nach beendigten Beweisführungen finden nur bei dem Zeugenbeweise, auch wenn er nur in Verbindung mit andern Beweismitteln gebraucht worden ist, finden noch Schriftsätze über den geführten Beweis Statt. Binnen 14 Tagen vom beendigten Zeugenverhör an muß die Impugnationsschrift eingereicht und dann zur Salvationsschrift dem Gegner mitgetheilt werden (71). Die Art. 51. 52. 62. finden auch im schriftlichen Verfahren Anwendung. — Wenn die Landrichter es dem Interesse beider Parteien entsprechend finden, daß sie ihre Streitigkeiten durch gütliche Uebereinkunft beilegen, so müssen sie es nicht unterlassen, denselben nach der ersten Instruction der Sache an derjenigen Stelle des Processes, wo sie es am passendsten finden, zum Vergleiche zu rathen und passende Vorstellungen zu machen, ohne jedoch eigne Termine für den Versuch der Güte anzusetzen (Art. 74).

Weniger, als die oben erwähnten Versuche, nähert sich also diese großherzoglich hessische Proceßordnung dem französischen Verfahren. Sie sucht das gemeinrechtliche Verfahren vorzüglich zu beschleunigen und zu verbessern, 1) durch Begünstigung der mündlichen Verhandlungen 2) durch Ausdehnung des auch im gemeinen Processe bekannten Leitungs- und Fragerechts des Richters, 3) durch Hereinziehung der Regulirung des status controversiae aus dem preußischen Processe, 4) durch Abschneidung der vielen Appellationen im Laufe des Processes, 5) durch eine mehr in Bezug auf die Parteien vorhandene Oeffentlichkeit. Es kann hier der Ort nicht seyn, die hessische Proceßordnung einer umständlichen Prüfung zu unterwerfen; nur einzelne Bemerkungen mögen erlaubt seyn.

1) Wohlthätig hat der Entwurf die gemeinrechtliche Even-

tualmaxime beibehalten (Art. 25. 39. 67), allein davon so manche Ausnahme zugelassen, die zuletzt die wohlthätigen Absichten des Gesetzgebers zerstören dürften. Zu den Einreden, welche von der eventuellen Litiscontestation befreien, gehören auch die Einreden über die Fähigkeit des Klägers, bei Gericht aufzutreten, über die Legitimation der beiden Theile, und selbst über Cautionen. — Wer weiß nicht, wie diese Einreden, über deren Gewicht der Richter oft nicht so schnell entscheiden kann, von den verklagten Parteien mißbraucht werden, um die Processe durch Verweigerung der Litiscontestation zu verzögern! welchen Nachtheil soll für die Partei die Vorbringung der eventuellen Kriegsbefestigung haben? warum will man sie daher nicht zur Pflicht machen? Die Absicht des Gesetzgebers wird noch mehr vereitelt werden durch die Vorschrift, daß auch die Einrede des rechtlich schon geendigten Rechtsstreits von der Litiscontestation befreit. Man kann mit Bestimmtheit voraussehen, daß dieser Ausdruck nicht weniger Streit erwecken werde, als der Papst mit seiner exceptio litis finitae [13]) veranlaßt hat.

2) Es ist zweckmäßig, wenn den vielen unnützen Schreibereien im Processe vorgebeugt wird, wenn das mündliche Verfahren die Regel bildet, wenn rechtliche Ausführungen nur mündlich vorgetragen werden dürfen, wenn jeder Parteienvortrag, ehe er protocollirt wird, vom Richter geprüft und gesichtet wird; aber zu hart scheint es doch zu seyn, wenn das schriftliche Verfahren nach Art. 53 nur als seltene Ausnahme vom Gesetze zugelassen wird, und es dem Richter überlassen ist, ob er dem, von beiden Parteien vereinigt ausgesprochenen, Wunsche der schriftlichen Verhandlung Statt geben will. Mit Unrecht denkt man sich das schriftliche Verfahren als ein zeitraubendes und verhaßtes Mittel, und vergißt, daß es in vielen Fällen Bedingung einer gründlichen Urtheilsfällung ist, so lange unsere Gesetzgebung nicht einfacher wird [14]). Es ist unbestimmt ausgedrückt, wenn das Gesetz dem Richter die Zulassung des schriftlichen Verfahrens dann gestattet, wo aus den besondern Verhältnissen sich ein wirkliches Interesse der streiten-

---

13) s. Mittermaiers Aufsatz über die proceßhindernden Einreden in diesem Archive I. Bd. 3. H. nr. XXXI.

14) Es ist ganz gegründet, wenn Genkler in d. Beitr. zur Gesetzgebung S. 42 sagt: „Ueberhaupt bleibt es nur ein Traum, die Justizpflege in die Einfachheit der alten teutschen Gerichte zurückführen zu wollen u. s. w.“

den Theile an der Abweichung von der Regel erkennbar darstellt [15]).

3) Durch die (Art. 21) vorgeschriebene strenge Contumacialfolge, nach welcher der ungehorsame Beklagte als geständig, und der Einreden als verlustig angenommen wird, scheint das Verfahren einen raschen Gang zu gewinnen; allein a) schärfer betrachtet wird der Gewinn in den meisten Fällen bald verschwinden, da binnen 8 Tagen der Beklagte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen, und im Falle ihrer Verweigerung bei dem höheren Richter Beschwerde vortragen kann (Art. 22). Rechnet man nun, daß gewiß jeder als contumax erklärte Beklagte sich dieser Rechtsmittel bedient, so wird viel mehr Zeit verloren, als wenn man sogleich gesetzlich eine weniger strenge Folge ausgesprochen hätte, um so mehr, als b) so viele Fälle vorkommen, in welchen ohne Härte und Widerspruch sich die vorgeschlagene Folge kaum ausführen läßt, was von neueren Proceßgesetzen vorzüglich die Frankfurtische Rechtsverordnung vom 8. Juli 1817 [16]) gefühlt hat.

4) Beschleunigend wirkt auch auf das Verfahren die Vorschrift: daß die Berufung gegen Zwischenurtheile am Schlusse mit der Appellation von dem Endurtheile verbunden werden kann; allein diese Vorsicht enthält doch nur eine halbe und als solche nicht wichtige Maaßregel. So lange man nicht das verschieben dürfen der Appellation gegen Zwischenurtheile in ein verschieben müssen verwandelt, werden die Advocaten doch nicht abwarten, sondern die proceßverzögernde Appellation gebrauchen, so oft sie können. Viel geholfen würde dadurch, wenn man statt der vielen, durch den Gerichtsgebrauch eingeführten, Interlocute blos Decrete zuließe.

---

15) Die Parteien können oft ein Interesse daran z. B wegen ihrer Anwälde haben, das sie dem Richter nicht äußern wollen.

16) Sehr zweckmäßig bestimmt diese Rathsverordnung (8. Juli 1817) in der Sammlung der Gesetze und Statuten. §. 7. „der §. 3. daß in Contumacialfällen lis pro affirmative contestata anzunehmen, und die Einreden, Repliken und sonstigen narrata und asserta, so weit solchen Thatsachen zum Grunde liegen, für eingestanden zu achten seyen, ist mit der Restriction anzunehmen, daß weder in Ehesachen, wo es auf Personalrechte ankömmt, noch in Rechtsstreitigkeiten der Minderjährigen oder sonst bevormundeter Personen und Corporationen, welche mit den Minorennen gleiche Rechte genießen, so wie in allen Fällen, wo das Interesse der Staatspolicei durch den Ungehorsam verletzt werden würde, die verordnete poena contumaciae nicht zur Anwendung kömmt, vielmehr der Ungehorsame durch Strafmittel zur Vernehmlassung anzuhalten ist.“

5) Vortheilhaft wegen Entdeckung und Abkürzung des Processes mag die Bestimmung wirken, daß die Zeugen in Gegenwart der Parteien, welche an die Zeugen Fragen stellen können, verhört werden sollen. Darin liegt die eigentliche Oeffentlichkeit des Processes, und nicht, wie man oft glaubt, im Oeffnen der Gerichtsthüre für jeden neugierigen Zuschauer. Es ist zwar richtig, daß für die gemeinrechtliche Verhandlung viele bedeutende Gründe sich anführen lassen [17]) und daß besonders durch klug gestellte Fragstücke dem Producten geholfen werden kann; allein die Form unserer Beweisartikel und Fragstücke, wie sie nun einmal in der heutigen Praxis bestehen, ist eben so schleppend, als die Wahrheit hindernd, während ein Paar Fragen, die der Producent oder der Producent an den Zeugen hätten stellen dürfen, das wahre Sachverhältniß leicht entwickelt, und vollständige, zur Entscheidung taugliche, Acten geliefert hätten. Auf jeden Fall kann die jetzt übliche Form des Beweisverfahrens durch Artikel u. a. so, wie sie getrieben wird, nicht länger bleiben [17a]).

6) Mit Unrecht würde man glauben, daß der hessische Entwurf das Verfahren des Richters von Amtswegen, die sogenannte Untersuchungsmaxime, so eingeführt habe, wie sie der preußische Proceß kennt. Man muß wohl entscheiden, ob der Richter von Amtswegen Thatsachen und Beweismittel, die in den Acten nicht vorkommen, berücksichtigen muß, wie das preuß. Recht, Einl. §. 7. 17. 1. Thl. Tit. 10. §. 5 b. §. 91. u. A. verlangt, oder ob er nur im Falle verworrener Parteienvorträge durch zweckmäßige Fragen eine klare Ansicht der factischen Verhältnisse entwickeln und dafür sorgen muß, daß über jede von einem Theile behauptete Thatsache auch eine bestimmte Erklärung vom Gegner abgegeben werde. Nur dies letzte will (wenn man die Art. 1. 3. 26. 27. vergleicht) der hessische Proceßentwurf, und dies richterliche Frag- und Aufklärungsrecht ist dem gemeinen deutschen Processe nicht fremd; da, wo der Richter im gemeinen deutschen Processe untaugliche Schriften verwirft, und durch Decrete den Parteien bessere Antworten, oder Nachtragung von Fehlern, z. B. bei der Litiscontestation,

---

17) s. Gensler in d. Beitrag zur Gesetzgebung S. 43.

17a) Dieses spricht auch Gensler aus, a. a. O. S. 46, mit scharfem Tadel der Richter und Advocaten und selbst der Regierungen, welche hierunter resp. die gröbste Negligenz sich zu Schulden kommen ließen, resp. mit den Artikeln und Fragstücken wahren Unfug trieben, und resp. den empörenden Schlendrian nicht tilgten.

Digitized by Google

gebietet, stellt der hessische Richter mündlich aufklärende Fragen, und gewiß verdient diese Ansicht, wenn kluge Richter den Geist der weisen Gesetzesverfasser begreifen, und in der Praxis darnach handeln, die vollste Billigung.

7) In einer sehr zweckmäßigen Gestalt finden wir auch in dieser Proceßordnung des status causae et controversiae vorgeschrieben, eine Vorschrift, die im preußischen Processe von allen Kennern desselben als ein treffliches Mittel anerkannt wird, die Richter zum Actenstudium zu treiben, und die Parteien vor unvollständigen oder untreuen Relationen zu sichern [18]).

Man bemerkt bald, daß der hessische Entwurf die Vorschrift einfacher aufgefaßt hat, als sie im preußischen Processe vorkömmt, da die Regulirung des status nur im schriftlichen Verfahren aufgetragen, und mit keiner Proceßverzögerung verbunden ist, indem in der Regel das Urtheil sogleich nach der Vorlesung des status causae verkündet wird.

Gewiß sieht mit Sehnsucht jeder Freund einer gründlichen besonnenen Rechtspflege, die von den Gebrechen, mit welchen die Juristen den deutschen Proceß behaftet haben, befreit ist, der baldigen Beendigung der großherzogl. hessischen Proceßordnung entgegen.

Wenn auch unsere Darstellung der Proceßlegislation sich nur auf die deutschen Staaten beschränken sollte, so glauben wir doch unsern Lesern einen angenehmen Dienst zu thun, wenn wir sie mit dem neuesten, in Deutschland noch nicht öffentlich angezeigten, Proceßgesetzbuche bekannt machen. Es ist dies das in italiänischer Sprache abgefaßte, durch Publicationspatent vom 22. November 1817 unter dem Titel: Motu proprio della Santita di nostro Signore Papa Pio Settimo in data de 22. Nov. 1817. Jul. nuovo codice di procedura civile. Roma 1818. bekannt gemachte Proceßgesetzbuch für die päpstlichen Staaten. Dasselbe enthält manche, auch im französischen Processe übliche, schon früher in Italien bekannte, Formen. Dagegen auch Manches, was auch aus der ältern Praxis des canonischen Rechts herkömmt, und selbst in den deutschen Pro-

---

18) Auch Genßler S. 47. in d. Beitr. zur Gesetzgebung findet in der gesetzlichen Vorschrift des status causae eines der vorzüglichsten Mittel zu der Proceßverbesserung, und in demselben, verbunden mit den Gründen jedes Decisiverkenntnisses, S. 48. nr. 4. eine stärkere und mehr nützliche Oeffentlichkeit, als in dem Offenstehen der Gerichtsthüren.

Digitized by Google

ceß übergegangen ist [19]). Die erste Vorladung, wenn der Kläger einen Beklagten belangen will, wird dem Gerichtsschreiber vorgelegt (Art. 62) und von ihm in ein eigenes Buch eingetragen, wobei der Anwald des Klägers seine Vollmacht und alle in der Citation bemerkten Urkunden vorzulegen hat (66). Die Vorladung wird dem Beklagten durch den Gerichtsdiener insinuirt (40). Der Beklagte muß einen Anwald bestellen der sich gehörig zu legitimiren hat (69—72). Alle Processe sind entweder ordentliche, oder summarische, oder exclusive (Art. 178). In die Classe der zweiten gehören alle vorbereitenden Klagen, alle possessorischen, alle Streitigkeiten über novi operis nuntiatio, Gränzstreitigkeiten u. a, executiv betrieben werden Processe über Lohn, Alimente, Herausgabe des Brautschatzes, Erfüllung der Vorschriften eines letzten Willens und Vollstreckung jeder Verbindlichkeit, die durch öffentliche Urkunde begründet ist. — Die thätige Partei (la parte la più diligente) läßt die Streitsache in die Rolle zur öffentlichen Sitzung schreiben, der Präsident bestimmt den Tag des Vorkommens bei Gericht, der Gerichtsschreiber meldet ihn den Anwälden. Acht Tage vor dem Vortrage der Streitsache in der Sitzung überreicht jede Partei, welche ihre Ansprüche schriftlich entwickeln will, die dazu dienliche Ausführung dem Gerichte mit Anfügung aller Urkunden, auf welche sie sich berufen will (191). Diese Ausführung wird wechselseitig den Parteien mitgetheilt. Am Tage der Sitzung erscheinen die Anwälde, und bringen mündlich ihre Sach- und Rechtsgründe vor, worauf sich die Richter zurückziehen, um abzustimmen. Der Präsident theilt dann den Anwälden die Schwierigkeiten und Zweifel mit, welche die Richter gefunden haben, worauf schriftlich die Parteien repliciren können; die Sitzung wird verschoben, und in der nächsten das Urtheil ausgesprochen. — Weitläufige Bestimmungen über die Verification der Urkunden enthalten Art. 249—330. Bei dem Zeugenbeweise kommen einige sonderbare Bestimmungen vor. Die Parteien köönnen ihre Zeugen außergerichtlich von einem öffentchen Notar vernehmen lassen, und ihre Aussagen bei Gericht vorlegen; ist eine Partei damit nicht zufrieden, so erfolgt die gerichtliche Vernehmung; der Producent überreicht Beweisartikel (333). Der Product übergiebt, nach geschehener Aufforderung, Fragstücke. Unpassende oder überflüssige Artikel können vom Gerichte verworfen werden (343). Die Zeugen werden in Gegenwart der Parteien oder ihrer Anwälde verhört; der Richter kann auch

19) Eine umständliche Entwicklung dieses, in mancher Hinsicht interessanten, Gesetzbuchs wird der Verfasser in einer Literaturzeitung liefern.

ex officio zweckdienliche Fragen stellen. Am Ende des Verhörs der Beweiszeugen wird der Partei (361) aufgetragen, binnen drei Tagen die Gegenbeweiszeugen vorzubringen. Im summarischen Processe kommen keine Artikel und Fragstücke vor (395). Wenn Sachverständige nothwendig sind, so ernennt das Gericht drei solche (408). Die Partheien können sich jedoch auch über einen einzigen Kunstverständigen, der entscheiden soll, vereinigen. Ueber das Verfahren enthalten die Art. 406 — 456 viele zweckmäßige Bestimmungen. Eine besondere Erwähnung verdient das Institut der Positionen, wie sie die ältere Praxis kannte. Tit. VIII. Art. 479. erkennt sie als ein Mittel, gerichtlich das Geständniß der Parteien zum Behufe des Beweises aufzunehmen. Der Ponent stellt sie und beschwört ihre Wahrheit (wahrscheinlich nur als juramentum calumniae). Das Gericht kann unzweckmäßige Positionen verwerfen; am bestimmten Tage erscheint daher der Gegner persönlich bei Gericht, wird ermahnt, Wahrheit zu sagen, und muß nun bestimmt und ohne Einschränkung auf die Positionen antworten, und die Antwort beschwören (487). Erscheint der zur Antwort Verpflichtete nicht, so wird er mit Geldstrafe belegt, und bei wiederholtem Ungehorsam werden die Positionen als eingestanden angenommen. — Der Schiedseid wird im Gesetzbuche Partito genannt (505) und wird von einer Partei der andern so zugeschoben, daß dadurch der Proceß, ohne mehr dagegen appelliren zu können, geschlichtet wird; die Zuschiebung kann schon mit der ersten Klage bei Gericht geschehen. Der Delat kann den Eid auch zurückschieben. Uebrigens kennt das Gesetz das juramentum in litem (522), den Erfüllungseid (536). Sehr vollständige Bestimmungen kommen über Appellationen über Zwischenhandlungen und über das Verfahren bei gewissen localen Behörden, z. B. bei dem Gerichte der Rota, bei dem Capitalgerichte, bei dem Oberbaugerichte u. a. vor, bei der Vollstreckung der Urtheile, welche den Gerichtsboten unter Leitung des Gerichtes obliegt, sind genau die verschiedenen Executionsarten getrennt. Der Personalarrest kömmt häufig, mit Ausnahme der Festtage, an welchen er nicht gestattet ist, vor, ein Mittel, ihm zu entgehen, ist die cessio bonorum (1423). Bei dem Concursverfahren unterscheidet das Gesetz den Universal- und Particularconcurs (1475. 1545). Der erste kann nur erkannt werden, wenn der Schuldner es verlangt, oder wenn wenigstens drei Gläubiger darauf antragen. Die Verhandlungen geschehen immer in den Versammlungen aller zusammengerufenen Creditoren, welche einen curator und ein procurator ad lites (der deutsche Contradictor) anstellen. — Eine umständliche Darstellung dieses hier nur vorläufig angezeigten Proceßgesetzbuchs verschiebt der Verfasser bis zu einer anderen Gelegenheit.

XIV.

Kurze Bemerkungen aus dem Gebiete des Erbrechts.

Von dem
Geheimen Regierungsrath und Professor von Löhr,
in Gießen.

Es kann nicht fehlen, daß demjenigen, welcher sich ernstlich mit einer Wissenschaft beschäftigt, eine Menge von Fällen vorkommen, wo, seiner Ansicht nach, das Wahre noch nicht gefunden oder vergessen worden, wo das Einfache und Natürliche dem sehr entfernt Liegenden nachgesetzt wird, wo man den richtigen Gesichtspunkt übersieht. Wenn auch Zeit und Lust es gestatteten, alle diese Beobachtungen in eigenen Aufsätzen zu erörtern; so wird sehr häufig schon der Gegenstand selbst dieses verbieten. Darum sollten aber solche Bemerkungen, wenn sie auch nicht in Abhandlungen verarbeitet werden können oder sollen, dem Publicum nicht vorenthalten bleiben. Von diesem Gesichtspunkte ausgehend gebe ich hier einige Bemerkungen, zufällig ausgewählt, die weder auf großen wissenschaftlichen Werth, noch auf Erschöpfung des Gegenstandes Ansprüche machen; die aber doch vielleicht geeignet sind, direct oder indirect zur Vermeidung gangbarer Irrthümer beizutragen. Größere Ausführung so wie besondere Berücksichtigung der Literatur war natürlich dem Zwecke dieser Andeutungen nach ausgeschlossen.

Digitized by Google

1.

Ob bei dem Codicille eines Blinden fünf oder sechs Zeugen erforderlich seyen, ist sehr bestritten. Dieser Streit, wie so manche andere Controverse, ist eben nicht geeignet, unsern Juristen großes Lob zu bringen. Der dürre Buchstabe des Gesetzes mißbilligt beide Meinungen. Justin, nachdem er die bekannten Formen für die Testamente der Blinden vorgeschrieben hat, fährt auf die folgende Weise fort:

> Quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa, et in summa, quae codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda [1]).

Er schreibt also sehr deutlich vor, daß bei dem Codicille eines Blinden ganz dieselben Förmlichkeiten beobachtet werden müssen, die zur Gültigkeit des Testaments eines Blinden erforderlich sind.

2.

Eine Verordnung von Theodes II. sagt [2]):

> In *omni* autem ultima voluntate, *excepto testamento*, quinque testes — debent adhiberi. —

Dies erfordert man in dem Falle nicht, wo ein öffentliches Codicill errichtet wird und wo das Codicill die Form eines gültigen privilegirten Testaments hat. So sehr ich diese Ausnahmen billige, so glaube ich doch mit Recht fragen zu können, warum man hier Ausnahmen zuläßt, von denen kein Gesetz etwas weiß, andere dagegen, der Allgemeinheit dieser Stelle

---

1) c. 8. C. 6. 22. — S. Meine Uebersicht der Constitutionen von Theodos II. und Valentinian III. bis auf Justinian S. 99. und die Compendien von Mackeldey (2te Ausgabe) und Schweppe.

2) c. 8. §. 3. C. 6. 36.

Digitized by Google

wegen, verwirft, die wenigstens eben so sehr im Geiste der Gesetzgebung gegründet sind?

3.

Es ist eine, seit langer Zeit allgemeine, Ansicht, daß der Regel nach Legate und Fideicommisse nur dann auf Wirksamkeit Anspruch machen konnten, wenn sie in einem Testamente oder einem förmlichen Codicille hinterlassen werden; nun bei dem fideicommissum heredi praesenti injunctum bedürfe es keiner Form [3]). Betrachtet man nun die Worte und den Zusammenhang von Justinians Verordnung [4]), so scheint allein die von der Glosse vorgetragene, längst vergessene, Meinung vertheidigt werden zu können. Hiernach verordnet Justinian, ein jedes Legat oder Fideicommiß sollte gelten können, wenn es ohne alle Form hinterlassen worden: dies jedoch nur, wenn der honoratus den Beweis durch den Eid des gravatus führen will. Will der honoratus auf andere Art beweisen, so kann er das Legat oder Fideicommiß nur alsdann in Anspruch nehmen, wenn es in einem förmlichen Testamente oder Codicille ausgesetzt worden ist. — Beide Grundsätze treten nach dieser Ansicht auf gleiche Weise ein bei dem mündlich aufgelegten, bei dem bekannt gemachten und bei dem Vermächtnisse, wo keins von beiden Statt gefunden hat. Nur allein durch diese Auslegung wird es erklärbar, wie Justinian in den Institutionen sagen konnte, er habe sich bestrebt, den Augustus zu übertreffen, welcher den Fideicommissen, selbst wenn sie ohne alle Form hinterlassen worden, Rechtsgültigkeit beigelegt habe. Hierdurch allein bekommt endlich eine

---

3) Eine Milderung dieser Ansicht findet sich in Schweppe's Röm. Priv. Recht. III. §. 826. Jedoch scheint sie auch in dieser Gestalt unrichtig.

4) c. 32. C. 6. 42. — §. 12. J. 2. 23.

Digitized by Google

andere Verordnung Justinians [5]) ihren vollen und richtigen Sinn.

4.

Wenn man behauptet, der Fideicommißerbe sey völlig unfähig, Testamentszeuge zu seyn; so scheint man den historischen und innern Zusammenhang zu mißkennen und gegen den Buchstaben der Gesetze zu reden.

Nach altem Rechte konnte der directe Erbe allerdings Zeuge seyn: nur die mit dem Erblasser durch Verhältnisse der potestas verbundene, der familiae emtor und die, welche mit diesem in Verhältnissen der Gewalt sich befanden, konnten wegen ihren persönlichen Beziehungen nicht zeugen [6]). Der einfache Grund hiervon war, weil, wenn ich so sagen darf, die vis testamenti auf dem Testator und dem familiae emtor beruhten.

Als in der Folge das alte testamentum per æs et libram aufhörte, und an seiner Stelle die neuen Formen nach und nach aufkamen, änderte sich freilich die Sache wesentlich. Diesem ungeachtet blieb nicht allein der Grundsatz, daß die im Testamente Bedachten Zeugen seyn konnten; sondern er wird sogar namentlich in einer Verordnung von Zeno neu anerkannt [7]). Erst in einer Verordnung Justinians wird der Grundsatz ausgesprochen, daß der Erbe nicht Zeuge seyn könne. Der Inhalt dieser Constitution, welche nicht auf uns gekommen ist, wird in den Institutionen [8]) auf folgende Weise angegeben:

---

5) c. 13. C. 4, 1.

6) Ulpian 20, 3. — §. 10. J. 2. 10.

7) Testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis *pro suo lubitu*, *quod voluerit* testator relinquere non prohibetur. c. 22. C. 6. 23. Ohne Zweifel sprach diese Constitution noch viel bestimmter. Wenigstens kann das §. 10. J. 2. 10. Gesagte sehr wohl auch auf sie und eine damit vorgenommene Aenderung bezogen werden.

8) §. 10. 17. J. 2. 10.

Digitized by Google

Ad imitationem pristini familiae emtoris merito *nec heredi*, qui imaginem vetustissimi familiae emtoris obtinet, nec aliis personis, quae ei ut dictum est conjunctae sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia praestare..... *Legatariis autem et fideicommissariis, quia non juris successores sunt,* et aliis personis quae eis conjunctae sunt testimonium non denegarimus.

Geben wir von dem bisher Angeführten aus, so kann nur der heres, dem allein das Recht, Zeuge zu seyn, genommen wird, aber kein fideicommissarius ausgeschlossen seyn, auch nicht der fideicommissarius universalis, dies um so weniger, da auch der innere Zusammenhang zu demselben Resultate hinführt, auf welches Geschichte und Sprache hinweisen. Nur allein der directe Erbe ist es, auf dem die Gültigkeit des Testaments beruht, wie sie ehemals auf dem familiae emtor beruhte, nur allein dieser steht in unmittelbarem Verhältnisse zu dem Erblasser, wie ehemals der familiae emtor: und allein bei ihm kann die in den Institutionen angedeutete Uebertragung gedacht werden, nur er ist als Zeuge in eigener Sache zu betrachten: der Fideicommiß ist es dagegen in keiner Beziehung mehr als die andern Legatare.

Gegen das bisherige entscheiden auch die Worte, quia non juris successores sunt, nichts. Daß jeder universalis successor damit gemeint sey, auch der, welcher es durch die vom Erben vorgenommene Restitution wird, möchte wohl schwerlich je erwiesen werden können.

5.

Woher mag es wohl kommen, daß man fast überall sagt: der Testator muß das Testament schreiben oder mit seinem Namen unterschreiben, da doch weder das Eine noch das Andere hinreicht? Theodos II. [9]) sagt ausdrücklich, es sey zwar erlaubt,

9) c. 21. pr. C. 6, 23.

Digitized by Google

das Testament aufzusetzen, bevor man es den Zeugen zur Unterschrift vorlege, dum tamen *testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit* quod offertur, eique ipse *coram testibus* sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit. Er erfordert also Anerkennung der Urkunde und Unterschrift in Gegenwart der Zeugen zur Form des Testaments. Eben so sagt Justinian [10]): Sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit, *et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit*, sufficiat ei totius testamenti scriptura, et non alia subscriptio requiratur, und zeigt so deutlich, daß das bloße Selbstschreiben von der Unterschrift den Testator nicht befreie.

6.

Thibaut (Pandectenrecht §. 753. nr. 2.) sagt: „bei dem legatum partitionis gehen auf den bestimmten Theil die Rechte des Erblassers auf den Legatar über, nicht aber die Schulden: doch muß der Legatar dem Erben durch die s. g. stipulationes partis et pro parte Caution leisten, zur Abbezahlung der Schulden verhältnißmäßig beitragen zu wollen.“ Bei dieser Aeußerung scheint mir übersehen vorerst, daß der Erbe das Recht hat, den Legatar abzufinden [11]), macht der Erbe von diesem Rechte Gebrauch, so fällt Alles hinweg. Sodann ist es nicht richtig, daß, wenn der Erbe den Legatar nicht abfindet, alle Rechte auf diesen übergehen. Die Forderungen gehen eben so wenig über, wie die Schulden [12]), und dies aus dem einfachen Grunde, weil weder Forderungen noch Schulden durch singularis successio übertragen werden kön-

10) c. 28. §. 1. C. 6, 23.

11) Fr. 26. §. 2. fr. 27. D. 30. — fr. 32. §. 8. D. 33. 2.

12) Ulpian XXV. 14. 15. — §. 5. J. 2, 23.

Digitized by Google

nen [13]). Die stipulationes partis et pro parte sind zur communicatio lucri et damni inter heredem et legatarium partiarium eingeführt. — Ob übrigens seit Justinians Verordnungen [14]) noch von einem legatum partitionis die Rede seyn könne und ob dies nicht vielmehr im neuesten Rechte mit dem fideicommissum hereditatis zusammen falle: dies ist eine Frage, von der hier nicht weiter geredet werden kann.

7.

Theodos der zweite verordnete, daß, wenn Ascendenten ihre Descendenten zu Erben einsetzen, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis, seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, so sollen die Descendenten der eingesetzten aber weggefallenen Descendenten die Stelle der letzten einnehmen, als wenn sie ihnen substituirt wären. Dasselbe solle eintreten, wenn die Ascendenten ihren Descendenten Legate oder Fideicommisse hinterlassen [15]).

Diese Verordnung pflegt man sehr häufig auf eine doppelte Weise zu sehr zu beschränken. Zuerst behauptet man, die Descendenten des Eingesetzten hätten nur alsdann ein Recht nach dieser Verordnung, wenn dieser den Erblasser überlebt habe. Für diese Ansicht findet sich auch nicht entfernt ein Grund in der Verordnung selbst; nur die Regel, daß allein

---

13) Dies geht aus der Natur der Obligationen, aus fr. 25. §. 2. D. 7, 1., aus einer großen Menge Anwendungen und auch daraus hervor, daß keine Art der Uebertragung nachgewiesen werden kann. — Daß man einen mandatarius in rem propriam bestellen kann, gehört so wenig hierher, als daß ein Wechsel von Creditor oder Debitor durch novatio möglich ist. — Im ersten Falle bleibt der alte Creditor und Debitor, im zweiten entsteht eine neue obligatio.

14) c. 1. 2. C. 6, 48.

15) c. 1. C. 6, 52.

eine dem Erblasser deferirte Erbschaft transmittirt werden könne und eine vorübergehende Aeußerung Justinians können scheinbar als Gründe gelten. Die erste ist völlig unbedeutend, weil die Fälle, wo man eine einem Dritten deferirte Erbschaft erwerben kann, nirgends bei den Römern zusammengestellt, nirgends mit dem Namen transmissio, als eigenthümlichen und technischen, bezeichnet werden. Zudem dürfte der Beweis der Regel seine große Schwierigkeit haben.

Scheinbarer ist der zweite Grund, den Thibaut [16]) vorzüglich gegen Hugo [17]) geltend macht. In der c. 1. §. 2. C. 6, 51 werde gesagt, caducum heiße, was nach dem Tode des Erblassers ausfalle, im §. 5. derselben Stelle werde verordnet, die Caducität solle aufhören und darum die Erbschaften mit dem Tode des Erblassers in der Regel deferirt, die Legate erworben werden. Unmittelbar hierauf werde hinzugefügt:

> Hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur; exceptis videlicet liberorum personis, de quibus *theodosiana* lex super hujusmodi casibus introducta loquitur; his nihilominus, quae super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, *a nobis* constituta sunt, in suo robore mansuris.

Diese Verbindung beweise deutlich, daß die theodosiana lex nur in dem Falle der ehemaligen caduca statt gefunden, also wenn der institutus post mortem testatoris wegfällt. Zu demselben Resultate führe die Zusammenstellung mit Justinians Verordnung, welche unstreitig den Anfall der Erbschaft voraussetzt.

Auch dieses Argument scheint mir nichts zu entscheiden. Es ist nirgends gesagt, daß die theodosiana lex nur bei dem caducum eintrete, es ist nicht einmal die Absicht ersichtlich,

---

16) Thibaut Pand. Recht. II. §. 675. Note 2.

17) Hugo Pandecten 5te Aufl. §. 151.

Digitized by Google

die Natur der beiden s. g. Transmissionen zu erläutern. Justinian will nur allein den Satz erläutern, die angefallenen Legate gehen auch vor der förmlichen Annahme auf die Erben des Legatars über, die Erbschaften dagegen nicht, und will diesen Satz durch Erwähnung der Transmissionsfälle gegen Mißverständnisse sichern. Daß die s. g. transmissio theodosiana auch eintreten könne, wenn der Eingesetzte nach dem Erblasser wegfällt, läugnet niemand. Dies allein aber ist es, was aus dieser Stelle etwa erwiesen werden kann.

Dagegen finden sich sehr bedeutende Gründe für die schon von Hugo vertheidigte Meinung, daß es hier gar nicht darauf ankomme, ob dem eingesetzten Erben die Erbschaft wirklich angefallen war: daß vielmehr die Descendenten desselben, wie gesetzliche substituti zu betrachten seyen. Durch die lex Julia et Papia Poppaea war der Grundsatz eingeführt worden, daß Erbschaften und Legate erst nach Eröffnung des Testaments deferirt werden sollten [18]). Dieser Grundsatz galt bis auf Justinian [19]), also noch lange nach der Zeit, wo unsere Verordnung erlassen wurde, wenn also Theodos sagt, die Descendenten sollten die ihren Ascendenten hinterlassene Portion erhalten können, *licet et* ante apertas tabulas defuncti, so sagt er nur, selbst alsdann, wenn diese vor Anfall der Erbschaft gestorben seyn sollten, also gerade das, was hier vertheidigt wird. Daß das Verordnete statt finden soll, selbst wenn keine Substitutionen Statt gefunden haben, so wie die ganz ähnliche Verordnung für die Legate und Fideicommisse, scheinen die gegebene Auslegung noch mehr zu unterstützen.

---

18) Ulpian tit. 17. §. 1. tit. 24. §. 31. — c. 1. §. 1. C. 6. 51. Ob es bei dem heres ex asse anders gewesen sey, wie man aus fr. 1. §. 4. D. 22, 6. — c. 3. C. 6, 30. schließt, ist eine hier völlig gleichgültige Frage, die uns Gajus am besten beantworten wird.

19) c. 1. §. 1. C. 6, 51. Vielleicht ist es auch hier nicht zu übergehen, daß diese Constitution erst im Jahr 534. erlassen wurde.

Digitized by Google

Nicht weniger ungegründet, wie die bisher getadelte Beschränkung, scheint eine zweite, die vorzüglich in neuerer Zeit gewöhnlich geworden ist. Es soll die s. g. transmissio theodosiana nur dann Statt finden, wenn der eingesetzte Erbe vor Eröffnung des Testaments gestorben ist. Diese Ansicht gründet sich vorzüglich auf dem Mißverstehen der im Anfange dieses Aufsatzes angeführten Worte: *Licet et* ante apertas tabulas defuncti, sagt aber gewiß nicht das hier Getadelte; sondern bezeichnet nur, daß sogar alsdann, wenn der institutus vor der Delation (Eröffnung des Testaments) gestorben, diese Transmission eintreten solle. Warum sollten auch die Descendenten des später Gestorbenen schlimmer daran seyn, als die desjenigen, der früher gestorben ist? Schlimmer daran wären sie aber, selbst nach Einführung der s. g. transmissio Justinianea, wenn man nicht der s. g. transmissio ex capite restitutionis in integrum eine Ausdehnung geben will, welche sie in den Gesetzen nicht haben dürfte.

8.

Eine eröffnete Erbschaft kann nur derjenige erwerben, dem sie deferirt worden ist. Ausnahmen hiervon konnten nur Statt finden durch in integrum restitutio [20]), durch decretalis B. P. [21]) und gewissermaßen in einigen für uns völlig unbedeutend gewordenen Fällen [22]). Selbst wenn einem filius fa-

---

20) Fr. 3. §. 30. fr. 4. D. 29, 5. — fr. 30. pr. 86. D. 29, 2.

21) Mein Aufsatz über decretalis B. P. in Grolmans Magaz. II. H. 4. S. 445. fgde.

22) Ich meine hiermit das caducum, besonders in Beziehung wie wir es erst aus Gajus kennen gelernt haben, die addictio bonorum libertatum conservandarum causa, ferner Ulpian tit. 19. §. 13. 14. — Gewissermaßen gehören auch hierher das creptitium u. die addictio bonorum, legatorum conservandorum causa, die noch gültig sind, aber wohl hier nicht besonders beachtet zu werden brauchen.

Digitized by Google

milias oder Sklaven eine Erbschaft angeboten worden, konnte der Vater oder Herr, dem sie erworben wurde, nicht selbst die Handlungen des Erwerbes vornehmen. Viel bedeutendere Ausnahmen von diesem Satze entstanden durch die s. g. transmissio Theodosiana und die von demselben Theodos eingeführte s. g. transmissio ex capite infantiae, durch die s. g. transmissio Justinianea und durch eine, sehr oft nicht gehörig beachtetete, meines Wissens nirgends vollständig erklärte, Verordnung Justinians [23]). In dieser wird genau bestimmt, wie es, seit Justinians Verordnung über die Adventitien [24]), in dem Falle gehalten werden solle, wenn einem filius familias eine Erbschaft anfalle. Ist derselbe unter 7 Jahren, so bestimmt alles die Willkühr des Vaters, ist er älter, so kann, wenn beide verschiedener Meinung sind, der Sohn die vom Vater nicht gebilligte Antretung allein vornehmen, es kann aber auch umgekehrt der Vater die seinem filius familias deferirte Erbschaft für sich antreten, wenn dieser sie nicht haben will. Dieser letzte Satz, der uns hier allein angeht, ist sehr deutlich in den folgenden Worten enthalten:

Sancimus itaque in omnibus rebus, quae effugiunt quidem dominii adquisitionem, sed ususfructus tantummodo patri offertur... sive pater adire filium familias integrae aetatis compellit, et ille reclamandum existimat, sive ... *liberam habere licentiam et patrem ipsum sibi adire hereditatem, recusante filio*, et omne sive damnum, sive lucrum in suam habere fortunam, nullo ex hoc praejudicio filio generando ... neque adversus filium simili mode actione exten-

---

23) c. 8. C. 6, 61. Daß im Texte der hier weiter nicht zu beachtende Inhalt dieser Stelle nicht vollständig, sondern nur so weit, als es der Zusammenhang erfordert, angegeben worden, giebt der Augenschein.

24) c. 6. C. 6, 61.

Digitized by Google

denda, ubi recusante eo, pater sua auctoritate haec sibi vindicet, *hujusmodi additionis tramite ex praesenti lege patri competente:* Sed habeat pater omnem licentiam et actiones movere et ab aliis pulsari, ubi ad eum totum commodum advenit... [25]).

Similique modo et in milite filio familias, qui recusaverit aditionem hereditatis, quae ei ex castrensibus occasionibus perveniat, *patri danda licentia adire hereditatem, ut ad ipsum perveniat pleno jure,* tam per usumfructum, quam per dominium eandem hereditatem possessurum, *quasi ipse pater ab initio fuisset heres institutus:* eo videlicet subjacente omnibus oneribus hereditariis, et omnia commoda habituro, et ad filium nullo periculo redundante [26]).

Woher mag aber wohl diese außerordentliche Neuerung kommen? Der Zusammenhang, auf den die Verordnung selbst einigermaßen hinzuweisen scheint, ist ohne Anstand der folgende. Im alten Rechte galt der Grundsatz, daß ein filius familias nichts Eigenes haben könne. Alles, was er erwarb, erwarb er dem pater familias. Dieser Grundsatz wurde zwar durch die Entstehung des castrense peculium und später durch Verordnungen Konstantins und späterer Kaiser gemildert, er blieb aber dennoch im Ganzen bis auf Justinian, der ihn in der c. 6. C. 6, 61. ganz vernichtete. Bis auf Justinian wurde sonach eine dem filius familias deferirte Erbschaft in der Regel dem Vater durch den Sohn erworben, es mußte daher auch von dem Willen des Vaters abhängen, ob der Sohn die Handlung des Erwerbs vornehmen solle. Durch Justinian wurde alles dies zum Vortheile des Kindes geändert:

---

25) c. 8. pr. C. 6. 61. Hiermit hängt das in derselben Constitution §. 6. Verordnete innig zusammen.

26) c. 8. §. 2. C. 6, 61.

Digitized by Google

jede Erbschaft wurde diesem eigenthümlich erworben, wenn er sie antrat. Sehr begreiflich konnte jetzt vernünftiger Weise weder von Zwang, noch von Verbot des Vaters bei der Antretung mehr die Rede seyn: sehr begreiflich war es aber auch, daß man dem Vater nicht mehr entziehen wollte, als der neue allgemeine Grundsatz erforderte. Daher die Verordnung, daß, wenn der Sohn die Erbschaft nicht bekomme, weil er sie nicht haben will, dem Vater jetzt das Recht zustehen solle, die Erbschaft sich zu erwerben, wie sie ihm bis hierhin durch eine auf seinen Befehl vorgenommene Antretung des Sohnes erworben worden war.

9.

Der Ausdruck suus heres kommt vor bei dem Rechte auf Institution oder Exheredation, bei der legitima hereditas und bei dem Erwerbe einer Erbschaft. In den beiden ersten Fällen bezeichnet er immer ein Kind, das sich unmittelbar in der potestas des Erblassers befindet: ob aber auch diese Andeutung in dem dritten Falle anzunehmen sey, ist eine große Frage. Dafür scheint zu sprechen eine Stelle der Institutionen, in welcher gerade von suis heredibus in der letzten Beziehung die Rede ist. Dort heißt es:

> Sui autem et necessarii heredes sunt, veluti filius, filia, nepos, neptisque ex filio, et deinceps ceteri liberi, qui modo in potestate morientis fuerint. *Sed ut nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est ut pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus potestate: tunc enim nepos neptisve in loco patris sui succedit* [27]).

Diesem unerachtet glaube ich dennoch die Behauptung auf-

---

27) §. 2. I. 2, 19. de heredum qualitate et differentia.

Digitized by Google

ſtellen zu können, daß jedes Kind in potestate, auch das, welches nur mittelbar darin iſt, hier mit dem Namen suus heres bezeichnet werden muß. Dagegen beweißt die ausgeſchriebene Stelle ſehr wenig, weil die ſonſtigen Bedeutungen von suus heres einen Irrthum ſehr erklärlich machen und die am Ende doppelt unterſtrichenen Worte deutlich zeigen, daß hier eine Stelle copiert wurde, welche von der Inteſtaterbfolge redete [28]). Für meine Meinung giebt es ſehr entſcheidende Gründe, von denen einige noch angeführt werden ſollen.

Die Erben werden in demſelben Titel der Inſtitutionen, wo nie die oben ausgeſchriebenen Worte ſich finden, gerade ſo, wie ſonſt überall, in Rückſicht auf den Erwerb eingetheilt in heredes necessarios, in suos et necessarios und in extraneos. Die erſten ſind nach den Inſtitutionen, wie nach allen andern Stellen, die Sklaven des Erblaſſers, welche zu Erben eingeſetzt werden, die letzten diejenigen, welche ſich nicht in der Poteſtas des Erblaſſers befinden. Da die Freien, welche ſich mittelbar in der Poteſtas des Erblaſſers befinden, zu keiner dieſer beiden Claſſen gerechnet werden können, ſo bleibt, ſelbſt nach der Darſtellung der Inſtitutionen (wenn gleich im Widerſpruch mit den Worten), nichts übrig, als auch dieſe den suis et necessariis beizuzählen.

Auf daſſelbe Reſultat führt der innere Zuſammenhang der Lehre. Die sui et necessarii ſind die dem Erblaſſer gehörenden Freien (wenn ich mich ſo ausdrücken darf). Sie müſſen Erben werden, weil ſie die Befehle des Erblaſſers befolgen müſſen; ſie werden ipso jure Erben, weil bei dem, der Erbe werden muß, die Nothwendigkeit der Antretung zu überflüſſigen

28) Könnte der weſtgothiſche Gajus etwas entſcheiden, ſo würde durch ihn das im Texte Angeführte ſtreng erwieſen ſeyn. Dieſer ſagt Lib. 2. tit. 3. §. 6. nur: heredes autem sui sunt, aut necessarii, aut extranei. Sui heredes adpellantur filii, aut nepotes ex filiis masculis, quos in potestate avus vel pater habet necessarii etc. und weiß alſo von der Verſchönerung der Compilatoren nichts.

Digitized by Google

und unpassenden Weitläuftigkeiten hinführen würde. Auch die mittelbaren in der Potestas sich Befindenden sind frei und börig. Bei ihnen muß das Gesagte eben so eintreten, wie bei den Unmittelbaren.

Auf Alles dies führen auch die Darstellungen von Gaius (s. die letzte Note) und von Ulpian [29]) und so manche andere Stelle. Von diesen mögen noch einige hier angegeben werden. Interdum filii familias, sagt Ulpian, et sine aditione adquirent hereditatem his, in quorum sunt potestate. *Ut puta, si nepos ex filio exheredato heres sit institutus: patrem enim suum sine aditione faciet heredem, et quidem necessarium:* sed si quis heres institutus adoptetur a filio exheredato [30]), *necessarium eum non facit, sed juberi debet, ut adeat, quoniam mortis tempore in potestate non fuerit. Nam per eum quis existere necessarius non potest, qui ipse non esset extaturus* [31]). Auf gleiche Weise setzt Julian die hier vertheidigte Ansicht voraus, indem er sagt: filius patroni exheredatus, quamvis nepos ex eo heres scriptus fuerit, bonorum possessionem contra tabulas paternorum libertorum accipere non potest: *licet enim necessarius existat patri suo, non per semet ipsum, sed per alium ad hereditatem admittitur* [32]).

---

29) Inter necessarios heredes, id est, servos cum libertate heredes scriptos, *et suos et necessarios, id est, liberos, qui in potestate sunt*, jure civili nihil interest... Ulpian tit. 22. §. 24.

30) Da ein filius familias nicht adoptiren kann; so versteht es sich von selbst, daß die adoptio erst nach dem Tode des pater familias vorgenommen worden. Daß aber ein post mortem adoptatus nicht als posthumus agnoscire, geben die allgemeinen Grundsätze.

31) Fr. 6. §. 5. 6. D. 29, 2.

32) Fr. 13. D. 38, 2.

XV.

Es gibt keine gesetzliche Pflicht zur Redotation.

Von

Dr. S. Zimmern, Privatdocenten des Rechts zu Heidelberg.

Es „sind alle zu Bestellung einer Brautgabe gesetzlich verpflichteten Personen, wenn die Brautgabe ohne Schuld der Frau verloren geht, zur Erneuerung derselben gehalten;“ — oder: „Es versteht sich, daß die, welche an sich nicht wegen der Eviction haften, wenn sie gesetzlich zur Dotation verpflichtet sind, auch zur Redotation angehalten werden können.“ Dies sind die Worte Thibauts [1]), und er spricht hier wirklich die gewöhnliche Meinung unserer Practiker aus [2]). — Es fällt sogleich in die Augen, wie sehr die erste Behauptung gegen die natürliche Regel verstößt, daß Niemand genöthigt seyn kann, seine bereits bezahlte Schuld darum zum zweitenmale zu entrichten, weil der Gläubiger das Empfangene verloren hat. Umgekehrt hat die zweite Behauptung allerdings den Schein der Gerechtigkeit für sich. Aber jener und dieser Satz ist dem po-

1) Thibaut Pand. §. 443. a. E., §. 450. a. E. und Civil. Abh. S. 59.

2) S. auch Glück Comm. B. 20. Abth. 1. S. 209. — Nur darüber führen die Practiker einen grundlosen Streit, ob nicht etwa einzelne Verwandte, z. B. Brüder, von der Redotationspflicht auszunehmen seyen.

sitiven Rechte fremd. Der erste findet nicht einmal eine scheinbare Stütze in den Gesetzen, sondern höchstens in dem Raisonnement, daß des Vaters Pflicht zur Dotation auf die natürliche Liebe gebaut, die Dos zur Bestreitung der ehelichen Lasten bestimmt sey, folglich die verlorene Dos wieder ersetzt werden müsse. Allein wenn auch die Gesetze hier eine Gewissenspflicht zur Zwangspflicht erhoben haben, läßt sich deswegen behaupten, daß sie die natürliche Liebe doppelt und dreifach in Anspruch nehmen, und so den Vater für jeden unverschuldet erlittenen Schaden aufs neue verantwortlich machen? Zu welchen Consequenzen würde man kommen, wenn man solche Grundsätze folgerecht durchführen, also z. B. den Vater zur Wiedererstattung eines jeden einzelnen Objects verpflichten wollte, das unter den Dotalsachen einer zufälligen Vernichtung Preis gegeben war; oder wenn man, um nicht inconsequent zu seyn, auch für bloße Verschlechterungen dieses Princip zur Anwendung brächte? Für die Lasten der Ehe findet der Mann durch die Dos Entschädigung, aber darum ist die Dos noch kein wesentliches Erforderniß der Ehe, weil sonst das römische Recht nie von einer uxor indotata sprechen könnte, und so liegt denn auch in der Natur der Ehe kein Grund zur Wiedererstattung der verlornen Dos. Einmal soll der Vater zahlen, das Gegebene kann der Zufall rauben, aber das Schicksal kann auch wollen, daß die Frau keine so nahen Verwandten mehr am Leben hat, die gesetzlich zur Dotation verpflichtet wären: und so wie hier Niemand auf den Gedanken kommen dürfte, darum die entfernten Verwandten zur Dotation zu nöthigen, eben so läßt sich nicht einsehen, wie man ohne Gesetz den zum zweitenmal zu verpflichten vermag, der sich seiner Verbindlichkeit schon erledigt hat! — Weit eher läßt es sich behaupten, daß derjenige, welcher eine fremde Sache hingegeben, die evincirte wieder erstatten müsse, weil sich nun zeigt, daß er seiner gesetzlichen Pflicht schon das erstemal nicht nachgekommen sey — aber auch dieses ist irrig.

Daß der verpflichtete oder freiwillige Besteller einer Dos nur dann und sonst nie für die Eviction einstehe, wenn er diese

Pflicht über sich genommen, oder als Verkäufer oder durch seinen Dolus verantwortlich ist, darüber lassen die Gesetze keinem Zweifel Raum [3]). Nun könnte man freilich mit Thibaut [4]) erwiedern, die Pflicht zur Evictionsleistung könnte unter Umständen weiter gehn, als die zur Redotation. Aber wie könnte dann L. 69. §. 7. cit. sagen: „sofern die Dos nicht täuflich überlassen war, rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, *nulla est actio viro*, alioquin de dolo tenetur?“ wie L. 1. C. cit. grade dasselbe sogar von der dos necessaria [5])? Ueberhaupt wie konnte unbedingt die Freiheit von der Pflicht zur Evictionsleistung ausgesprochen werden, wenn man das, was dabei das Wesentliche und Gewöhnliche ist, nämlich die Erstattung des Objects selbst, dennoch leisten

---

3) L. 16. L. 34. L. 69. §. 7. de jure dot. L. 24. D. de evictt. L. 1. C. de jure dot. (5. 12.) Thibaut Abh. S. 56—58. Es ist auffallend, wie Glück in seinem neusten Bande (B. 20. S. 197 – 209) nicht seine Gewohnheit Thibauts Abh. ganz und gar übersehen konnte, so daß er in offenbarem Widerspruche mit L. 69. §. 7. cit. die L. 1. C. cit. von dem Falle versteht, daß die Dos selbst, nicht die Evictionsleistung versprochen war. Indem er nun aber so für eine versprochene Dos die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung erwiesen zu haben glaubt, baut er auf die falsche Prämisse (S. 209) die weitere Schlußfolge: die gesetzliche Nothwendigkeit zur Bestellung einer Dos könne doch nicht weniger Wirkung haben, als ein Versprechen derselben, folglich müsse auch hier für die Eviction gehaftet werden, und so erhalten wir ein Resultat, das in jeder Hinsicht mit L. 1. C. cit. und L. 69. §. 7. D. cit. im Widerspruch steht.

4) Civ. Abh. S. 59.

5) „Post evictionem ejus, si quidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio. (Sin vero hoc non est factum, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, *nulla marito competit actio*). Dolo autem dantis interposito, de dolo adversus eum locum habebit“ etc. Wenn auch die Eingeklammerten Worte in mehreren Handschriften fehlen, so sagt doch der Nachsatz schon dasselbe.

Digitized by Google

müßte? Grade darin, daß man demjenigen, welcher eine res aliena giebt, nur aus dem dolus beikommen kann, liegt der Beweis, daß man jeden Geber einer Dos wie den Schenker behandelt [6]), selbst wenn er gesetzlich dazu verpflichtet war. Denn ein solches Gesetz greift doch immer in die juristische Freiheit ein, geht darum so schonend als möglich zu Werke, sorgend, daß es nur der wirklichen Unredlichkeit vorbeuge. Es ist ja nicht zu läugnen, daß auch demjenigen, welcher eine fremde Sache gab, die abermalige Bezahlung schädlich werden kann, sofern er z. B. jene Sache hat erkaufen müssen, und nun aus factischen Gründen nicht zum Regreß gelangt. — Läßt sich aber die Redotation nicht einmal im Falle der Eviction vertheidigen, um wie viel weniger dann, wenn gar ein bloßer Zufall dem Empfänger seine Dos entzog? Schlagend für das erste, und folglich für beides, ist aber endlich L. 71. D. de evictt. [7]).

---

6) Denn auch der Schenker ist (vom Dolus abgesehen) unbedingt frei von der Pflicht zur Evictionsleistung, vergl. Thibaut Abh. nr. 4. und meine Beurtheilung des Magazins von Schweppe in den Heidelb. Jahrb. 1819. H. 1. S. 76. Für den Schenker einer Species spricht schon civilistische Nothwendigkeit, für den eines Genus nur die römische honestas, dort haben wir also zwei, aber hier doch immer Einen Grund; denn die Gesetze selbst reden allgemein, und das, was sie von der Dos sagen, giebt noch das stärkste arg. a majori ad minus.

7) Pater filiae nomine fundum in dotem dedit: evicto eo, an ex empto vel duplae stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur. Non enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest: nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam, manente matrimonio. Sed videamus, ne probabilius dicatur, committi hoc quoque casu stipulationem: interest enim patris filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendae dotis: utique si in potestate sit. Quod si emancipata est, vix poterit defendi, statim committi stipulationem: cum uno (tantum) casu ad eum dos regredi possit. Numquid ergo tunc demum agere possit, cum mortua in matrimo-

Digitized by Google

Hier hatte der Vater einen fundus gekauft, sich für die Eviction vom Verkäufer das duplum stipuliren lassen, und den fundus seiner Tochter in dotem gegeben. Er wird evincirt, und nun bezweifle man es nicht mit Unrecht, sagt Paulus, ob der Vater berechtigt sey, gleichsam als wenn er dadurch Schaden litte, ex empto oder aus der duplae stipulatio zu klagen. Denn während der Ehe habe er ja keinen Nachtheil, mithin fehle ihm das erste Requisit zur Klage, sein Interesse. „Sed videamus ne probabilius dicatur," fährt Paulus zweifelnd fort, daß der Vater doch klagen könne, „interest enim patris filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendae dotis." Also nur auf solche Gründe konnte sich der Römer stützen, um dem Manne seine, wie man glauben sollte, ganz gerechte Evictionsklage zuerkennen zu dürfen. Er verliere, meint der Jurist, obgleich er jetzt keinen Nachtheil hat, doch dasjenige, was ihm vielleicht die Zukunft hätte wieder geben können, und habe folglich insofern ein Interesse, daß seine Tochter dotirt sey. Wir sehen also, wie fern dem Römer der Gedanke lag, daß der Mann zu einer Erneuerung der Dos könnte angehalten werden; weil sonst weder ein Zweifel, noch so weit hergeholte Gründe über des Mannes Interesse möglich gewesen wären. Um so mehr, da Paulus jenen Worten wieder beschränkend hinzufügt: „utique si in potestate sit." Denn für die emancipirte Tochter „*vix poterit defendi*, statim committi stipulationem," weil der Vater hier nur in Einem Falle die Dos (profectitia) wieder erhalten könne, wenn nämlich die Tochter in der Ehe stirbt [8]).

---

pio filia potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset? An et hoc casu interest patris dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit? Quod magis paterna affectio induci t.

8) L. 17. ad Sct. Mac. (14. 6), L. 6. pr. de jure dot. (23. 3), L. 26. §. 2. de pact. dotal. (23. 4), L. 5. de divort. (24. 2), L. 10. pr. L. 59. sol. matr. (24. 3).

Digitized by Google

Allein, fragt Paulus weiter, gibt nicht dieser Eine Fall ein genügendes Interesse, „ut statim convenire promissorem (duplae nämlich, d. h. den Verkäufer) possit? und für die bejahende Antwort muß erst noch die paterna affectio das Uebergewicht geben.

Es ist also nach dieser Stelle außer Zweifel, daß nicht einmal im Falle der Eviction, also gewiß nicht bei zufälligem Verluste, die Pflicht zur Redodation als allgemeine Regel betrachtet werden darf. Nur so viel ließe sich für den Fall der Eviction (nicht für den andern) sagen, daß, wenn es dem Besteller der Dos gelingt, Ersatz für die res aliena zu erhalten, dieser dem Empfänger wieder ausgeliefert werden müsse; denn der zur Dotation aus irgend einem Grund Verpflichtete soll zwar nie (die anfangs erwähnten Fälle ausgenommen) einen größeren Schaden leiden, als die Summe der einmal gegebenen Dos beträgt, aber freilich auch auf Kosten dieser Summe keinen Gewinn machen.

XVI.

Ueber die Curatel des weiblichen Geschlechts von hohem Adel.

Von dem
Rath und Amtmann Oberländer, zu Königsberg in Franken.

Der Regel nach ist dem weiblichen Geschlecht, wie Weber spricht [1]), bei oft scharfem Verstand, eine gewisse gutmüthige Neigung eigen, sich Andern gefällig zu beweisen; eine natürliche Nachgiebigkeit — imbecillitas, infirmitas, facilitas.

1) In den Beitr. zu der Lehre von ger. Kl. u. Einr. St. 1. nr. 3. S. 21. f.

Digitized by Google

Daher auch die durch das Sct. Vellej. in Hinsicht auf Bürgschaften ihnen zugetheilte Rechtswohlthat [2]). Zwar fürchtet die Gesetzgebung weniger für das Weib, wenn dieses auf der Stelle einen Theil seines erworbenen Vermögens veräußern soll; denn wenn es auf ein Verschenken, Verzichten u. s. w. ankommt, wird desselben, wie die Römer dafür hielten, natürlicher Geiz ein Hinderniß der Bevortheilung [3]); allein es mangelt doch dem Weib schon im Allgemeinen die Kenntniß der außer seinem Geschäftskreis liegenden Rechtsgeschäfte; es ist sogar von dem Erwerb der Kenntniß gesetzlicher Vorschriften gewissermaßen ausgeschlossen [4]), und dieses vereint mit jener natürlichen Weichheit, Furchtsamkeit u. dgl. läßt überhaupt die Besorgniß stehen, ein weibliches Wesen könne die Folgen seiner verbindlichen Handlungen nicht übersehen und leicht zu diesen nachtheilig beredet werden [5]).

Um diesen Nachtheil zu verhüten, stand das Weib schon bei den Römern unter beständiger Curatel [6]), die jedoch ungefähr im dritten Jahrhundert christlicher Zeitrechnung wieder abkam [7]). Auch bei andern Völkern kannte man die beständige Vormundschaft der Frauenspersonen. So verordnen die Longobardischen Gesetze, daß ein Weib sine mundio, mundualto, seu mundualio nichts gültiges verhandeln könne [8]). Die Töchter stünden unter der Cura der Väter, die Frauen unter der Aufsicht der Männer und die Wittwen hatten einen nächsten männlichen Verwandten zum Beistand. Die L. Longobard.

---

2) L. 2. §. 2 et 3. D. 16. 1.

3) L. 33. §. 1. Dig. 24. 1. L. 4. §. 1. Dig. 16. 1. L. 16. Cod. 5. 3. ibi verba: „quod raro accidit.“

4) L. 2. §. 1. Dig. 16. 1. L. 2. Dig. 50. 17. L. 1. §. 5. Dig. 3. 1. L. 12. §. 2. Dig. 5. 1. L. 18. Cod. 2. 13. L. 6. Cod. 2. 56.

5) Vergl. Danz, in dem Handb. des teut. Privatr. §. 632. Glück, Erl. der Pand. B. 14. §. 921. S. 447. f.

6) Hofacker Princ. jur. civ. rom. germ. T 1. § 711. p. 553. Höpfner Theor. pract. Commentar über die Heinec. Instit. §. 166. Ev. Otto de perpetua fem. tutel. c. 1. §. 24.

7) Höpfner, Hofacker und Otto a. a. O.

8) Wehner Obs. pract. voc. Mundbar, Mundebürde. Jus Prov. Suev. C. 309. Spec. Sax. L. 1. Art. 45. Schilter Exer. 37. th. 242. Lange die Rechtslehre von der Gemeinsch. der Güter ꝛc. Hptst. 7. §. 4. S. 164.

Digitized by Google

L. 2. 10. 1. befiehlt im Allgemeinen: „ut nulli mulieri liberae, sub regni nostri ditione legis Longobardorum viventi, liceat in suae potestatis arbitrio, id est selbmundio vivere, et semper sub potestate virorum aut certa regis debeat manere.“ In dem Sächsischen Landrecht L. 1. Art. 45. heißt es ausdrücklich: „und ob wol ein Mann seinem Weib nicht ebenbürtig war, ist er doch ihr Vormund, und sie ist seine Genössin, und tritt sie in sein Recht, wenn sie in sein Bett tritt,“ und L. 1. Art. 46. verordnet: „Jungfrauen und Frauen müssen Vormunden haben in allen ihren Klagen, durch das, was sie nicht überzeugen mög, daß sie vor Gericht sprechen oder thun“ [9]). Hiermit stimmt auch das Schwäbische Landrecht C. 309. überein, ingleichen das Hamburger Stadtrecht, l. 9. 1. und das Würtemberg. Recht, l. 18.

Diese cura sexus, welche keine Vermögensverwaltung in sich begreift, sondern nur in dem Rechte des Rathgebens, der Zuziehung bei allen wichtigen Geschäften, und in der Mitunterschrift verbindlicher Urkunden [10]) bestehet, besonders aber zur Absicht hat, daß Weibspersonen nicht unberathen handeln, aus Unkunde und Unachtsamkeit in Schaden kommen, mithin von einer andern Tendenz ist, als die römische Vormundschaft über Minderjährige, hat sich bis jetzt in mehreren Gebieten Deutschlands erhalten, z. B. in den Badenschen, Würtembergischen, Hohenlohischen, Würzburgischen Ländern, in Hamburg, Lübek, und besonders in Sachsen [11]).

Es machen nun diese hergebrachten Rechte [12]) keinen Unterschied des Stands. Sie unterscheiden nicht, ob eine Frau zu dem hohen oder niedern Adel gehöre, oder ob sie sich zum Bürger- und Bauernstand zähle. Mithin ist das ganze weib-

---

9) Wiesand Juriſt. Handb. §. 4 u. 5. S. 236.

10) Krüll deutsch. Privatrecht §. 92. S. 98. Westphal deutsch. und reichsständ. Privatr. Abh. 15. §. 1. f. S. 91. Th. 2. Runde Grundſ. des gem. deutsch. Privatr. §. 632. S. 528. Dabelow Handb. des heutigen gem. deutsch. Privatrechts. Th. 2 Abh. 1. S. 17. §. 407.

11) Danz a. a. O. Stein Einl. zum Lüb. R. §. 122. §. 134. Hamburg. Statut. u. Gewohnh. Th. 1. T. 9. §. 5. Th. 2. T. 8. Art. 1. Krüll a. a. O. Kind Quaest. for. T. II. C. LXVIII. p. 368 Carpz. de jure fem. sing. Dec. 3. et P. 2. C. 15. Böhmer Cons. et Dec. P. IV. T. II. p. 802.

12) Schott Instit. jur. Sax. p. 151 sq. Schaumburg Sächs. R. Th. 1. S. 51 f. Runde a. a. O.

Digitized by Google

liche Geschlecht darunter begriffen. Jedoch bei regierenden Fürstinnen, die sich des Raths ihrer Minister bei allen ihren wichtigen Geschäften bedienen, wodurch der eigentliche Zweck jenes Rechtsinstituts dennoch erreicht wird, findet um so mehr, der Praxis nach, eine Ausnahme Statt, weil die Geschlechtsvormundschaft mit den Regierungsgeschäften sich nicht vereinbaren läßt [13]). Alle andere Frauen aber sind der Geschlechtscuratel unterworfen [14]) und nicht einmal die Gemahlinnen regierender Fürsten sind ausgenommen [15]). Die ehemaligen Reichsgerichte haben selbst Vormundschaftsbestellungen dieser Art vorgenommen, und dadurch die Richtigkeit dieser Zusammenstellung bestätiget. So haben sie z. B. den Herzog von Sachsen-Gotha einer Princessin von Sachsen-Meiningen zum Geschlechtsvormund bestellt [16]).

Zwar könnte die Hypothese aufgestellt werden, daß die Geschlechtscuratel mit der fürstlichen Würde überhaupt nicht vereinbarlich sey, und es ist wirklich behauptet worden, daß es sonderbar herauskomme, wenn fürstliche Familien nach Gesetzen der Bürger und Bauern beurtheilt werden sollten [17]). Allein eine Art von Schmeichelei, die fern von dem Rechtsgelehrten seyn muß, scheint die Triebfeder zu jener, heut zu Tage bizarren, Behauptung gewesen zu seyn. An rechtlichen Gründen fehlt es ihr wenigstens gänzlich.

In der Zuziehung eines Rathgebers zu wichtigen Geschäften, die man nicht kennt, liegt gewiß nichts Herabwürdigendes, und ist auch der fürstlichen Würde nicht entgegen. Es bleibt also bei der Regel: daß in den Staaten, wo die Geschlechtsvormundschaft überhaupt herkömmlich ist, und besondre Gesetze oder Rechtsgewohnheiten keine Ausnahme bei dem hohen Adel machen, auch bei solchem jenes Rechtsinstitut eintritt, und daß es immer eine gefährliche Sache wäre, mit vornehmen Damen wichtige Geschäfte ohne Zuziehung ihrer Vormünder abzuhandeln. Es wird also der vorsichtige Jurist, welcher ein Rechts-

---

13) Carpzov. Jurispr. for P II. C. XV. def. IX. p. 535. Berger oec. jur. l. 1. t IV. th. VI. not. 5. p. 176. 175. 4. Horn in sent. et resp. Cl. sent. 25. p. 111. a.

14) Hommel Rhaps. Vol. IV. obs. DLI. p. 209. Moser Familien-Staatsrecht der deutsch. Reichsfürsten Th. 2. Cap. 17. S. 833 f. §. 51. Th. 2. Cap. 17. §. 47. S. 668. Walch cura sex. illustr. Jen. 1764.

15) Doch vergleiche man Moser a. a. O. Th. 2. S. 391. §. 16.

16) Moser a. a. O. Cap. 17. §. 25. n. 3. S. 800.

17) Leyser med. ad P. Vol. V. sp. 327. med. 3.

geschäft mit einer Frau von hohem Adel zu verhandeln hat, immer auf die Zuziehung eines Geschlechtsvormundes dringen, insoweit nämlich eine solche Frau, wäre sie nicht von hohem Adel, eines solchen Vormundes gesetzlich bedürfen würde [18]). Nach Aufhebung der deutschen Reichsverfassung sind, wenigstens bis jetzt, keine andern Grundsätze gesetzlich aufgestellt worden, und mithin steht auch in dieser Hinsicht der Anwendung obiger Principien nichts im Wege.

XVII.

Wann darf der Richter die illiquide except. compensationis zur besondern Ausführung verweisen?

Von dem
Hofgerichtsadvocaten K. L. Reh, zu Darmstadt,
mit einem Zusatz von Gensler.

Es ist eine bestrittene und doch so häufig zu entscheidende Rechtsfrage: „ob die einer liquiden Forderung entgegengesetzte illiquide Einrede der Gegenrechnung von dem Richter zur separaten Ausführung zu verweisen sey, oder ob der Opponent verlangen könne, zu deren Beweis gelassen zu werden?“

Sie entscheidet sich durch die einfachen Regeln:

1) in dem ordentlichen Proceß darf die am gehörigen Ort *) vorgetragene illiquide exceptio compensatio-

---

18) Das sächs. Recht z. B. unterscheidet gerichtliche und außergerichtliche Geschäfte, verheirathete und ledige Weibspersonen u. s. w. Vergl. Hellfeld, in jurisprud. for. 1395. Schweitzer, in dem Lehrb. des sächs. bürgerl. Processes. §. 33. S. 65. nr. 2. ibi all.

*) D. h. der bejahenden oder verneinenden, oder gemischten, Einlassung auf die Klage sofort angehängt. Als proceßverhindernd vorgeschützt bedarf sie deshalb, wie alle ihre pe-

Digitized by Google

nis zur besondern Ausführung keineswegs verwiesen werden, sondern es kann vielmehr deren Opponent verlangen, auch mit dem sogenannten langsamen Beweise derselben selbst dann zugelassen zu werden, wenn gleich derselbe den Grund der Klage einräumte, oder diese zur Zeit des ersten Bekenntnisses als bereits vollbewiesen vorliegt.

2) in denjenigen summarischen Proceßarten aber, in welchen eine durch schleunigen Beweis hergestellte Liquidität die Bedingung der Wirksamkeit der Einrede ist, wie z. B. im Executivproceß, wird derselbe, ist sie illiquid, ad separatum verwiesen.

Wir haben ad 1. den allgemeinen teutschgesetzlichen Grundsatz: daß sich der Beklagte im ordentlichen Proceß durch alle zerstörliche Einreden schützen kann und zu deren Beweis gelassen werden muß, hat er sie nur der Einlassung auf die Klage angefügt [1]), und sind sie factisch begründet.

Soll nun von dieser Regel die Einrede der Compensation allein eine Ausnahme machen, so müßte hiezu entweder

A) in der Natur der exc. comp. ein Grund vorliegen; oder es müßte

B) in den Gesetzen die behauptete Ausnahme begründet seyn.

---

remtorischen Mitschwestern, des schleunigen Beweises. Archiv f. d. civil. Praxis. B. 1. nr. XXXII. S. 455. Als noviter reperta oder noviter emergens tritt sie ebenfalls unter die Principien von dem Gebrauch der gemeinen zerstörenden Einreden. R. A. v. J. 1654. §. 78.

1) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 37 u. 48 f. Sieber in dem gerichtl. Proc. §. 680. Danz in den Grundsätzen des ordentl. Proc. §. 192. Martin, in dem Lehrb. des gem. teutsch. bürgerl. Proc. §. 163. ibi all. Archiv B. I. Heft III. S. 346. f.

Digitized by Google

Das Erstere läßt sich von keiner Seite auffinden, und das Letztere aus keinem Gesetz rechtfertigen.

Es äußert ad A. die illiquide Einrede der Compensation durchaus keine andern Folgen auf die Lage des Rechtsstreits, als die eines weitern Beweises bedürfende Einrede der Zahlung, Verjährung u. s. w. Auf jene, wie auf diese, kann replicirt und duplicirt, auf Beweis interloquirt, der Beweis angetreten und geführt, und zu seiner Zeit in einem endlichen Erkenntniß über Klage und Einrede zugleich entschieden werden.

Dort wie hier geht der Proceß seinen ordentlichen Gang; hier wie dort wird die Execution der Forderung des Klägers durch das Verhandeln der Einrede aufgehalten und bei jeder peremtorischen Einrede ist es möglich, daß deren Beweis nicht erbracht werde, und also am Ende juristisch sich herauswerfe, sie sey grundlos vorgeschützt worden.

Mithin liegt ein irregulairer, sie zurückstoßender, andern peremtorischen Einreden sie nachsetzender, Charakter durchaus nicht in jener Einrede [2]); ja man könnte sogar umgekehrt behaupten, daß sie eigentlich mehr Gunst verdiene, als manche ihrer Mitschwestern, indem der Beklagte, welcher sie vorschützte und damit zur separaten Ausführung verwiesen wird, hierdurch in besonders bedeutende Nachtheile versetzt werden kann. Es folgt dies aus dem gesetzlichen [2a]) Grundsatze: daß sich die an sich statt findliche Compensation realisirt [3]), daß also dann, wenn die wirklich eingetretene Compensation aus dem vorliegenden Rechtsstreit verwiesen wird, dennoch die bereits eingetretene gegenseitige Erlöschung der Forderungen stehen bleibt, folglich der Beklagte zur Zahlung eines indebiti verurtheilt wird, und

---

2) Davon ist, wie schon Note * erwähnt, hier nicht die Rede, wenn sie zur Verhinderung des Processes vorgeschützt wird.

2a) L. 4. et 14. pr. Cod. 4. 31.

3) Thibaut, Pand. System §. 997.

dieser nun den Kläger nicht mehr blos aus dem Fundament, welches seiner Einrede unterlag, sondern hauptsächlich der conditio indebiti sich bedienen muß. Zu welchen Inconvenienzen und Rechtsschwierigkeiten dieses führen könne, bedarf keiner weitern Ausführung.

Doch es soll ad B. das Hülfsrecht und dessen Aeußerung, „es sey hart, gegen den Kläger die illiquide Einrede der Compensation zu beachten," eine gesetzliche Ausnahme begründen. Man beziehet sich dabei auf L. 14. Cod. 4. 31. und auf §. 30. Inst. 4. 6. Allein mit diesen blos subsidiarischen Gesetzen kann des teutschen Richters Befugniß, jene Einrede zurückzuweisen, keinesweges begründet werden [4]). Die erste Stelle, auf welche man das meiste Gewicht legt [5]), lautet also:

> Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit *judici* facilem exitum sui praestare. — Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam pene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque *judices* observent, et non procliviones ad admittendas compensationes existant, nec molli animo eas succipiant; sed jure stricto utentes, si invenerint, eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam, jam pene expeditam, sententia terminali componant.

Wenn man aber

1) erwägt, daß sich dieses Reskript Justinians, und eben so §. 30. Inst. cit., welcher ohnehin nur von dem de-

---

4) Vergl. Thibaut, l. c. mit Höpfner §. 579. not. 4. Weber, in den Beitr. zu der Lehre von Klagen u. Einr. St. 1. Abh. 6. S. 61 f.

5) Z. B. Hufeland, Lehrb. §. 616.

Digitized by Google

posito spricht, und höchstens eine Singularität rechtfertigen könnte, auf eigenthümliche römische Proceßformen, namentlich darauf beziehet, daß in stricti juris negatis die Einreden schon vor dem Prätor nothwendig vorgeschützt werden mußten und unerlaubt war, solche vor dem judex pedaneus nachzutragen [6]), so gibt jene Constitution für unsern Fall gar keine Entscheidung. Sie redet vielmehr von dem Fall, wo die exc. comp. bei einem stricti juris negotio vor dem Prätor nicht vorgetragen worden war, sondern vor dem judex pedaneus nachgetragen werden sollte, und giebt nun diesem die Weisung: „daß er den Beklagten nur dann mit jener Ausflucht noch hören solle, si causa, ex qua compensatur, liquida sit et non multibus ambagibus innodata etc. Es ist mithin

2) nicht von dem Fall dort die Rede, wenn jene Einrede am gehörigen Orte vorgeschützt worden war; wie auch der ganze obige Inhalt der constitutio zeigt; sondern von einer lis pristina, jam pene expedita, wo die Forderung des Klägers jam fuerit approbata, (wo also schon das Beweisverfahren beendigt war), mithin schon auf dem Endspruche stand. Dieser (sententia terminalis) soll nun nicht mehr durch die verspätete Einrede der Compensation aufgehalten, vielmehr, unter deren Verweisung zu separater Ausführung (eas quidem alii judicio reservent), das den Beklagten verurtheilende Erkenntniß ohne weitern Verzug, ohne Rückschritt auf den Anfang des Processes, ausgesprochen werden.

Auf jeden Fall aber ist der römische Proceßgang nicht der teutschrechtliche. In diesem haben alle Einreden ihre bestimmte Stelle angewiesen erhalten *); sind sie an die-

---

6) Noodt, probabilia, C. 2. §. 9. Id. de jurisdict. L. 1. c. ult.

*) Nach dem Zweck und Sinn des R. A. v. J. 1654. §. 37. auch die sogenannten privilegirten. Gönner, in dem Handbuch. B. 2. Abh. 33. §. 11. S. 194. f.

Digitized by Google

ser legalen Stelle vorgetragen, begründet und erheblich, so müssen sie beachtet und zu dem Beweis zugelassen werden, und zwar zu dem langsamen Beweis, insoweit ihr Zweck, wie bei den proceßverhindernden Einreden, oder die Proceßart keine Ausnahme begründet.

In Rücksicht ad B. kann man die allgemeine Regel stellen: „ist die Klage mit schleunigen Beweis bedingt, so ist es auch jede peremtorische Einrede, die exceptio solutionis, praescriptionis rel. eben sowohl, als die exceptio compensationis, und muß also, fehlt jener Beweis, bleibt sie auch bis zum ersten Decisiverkenntniß in der Sache illiquid, zur besondern Ausführung verwiesen werden [7]).

Zusatz von Gensler.

Es verdient hierbei auch die in den Heidelberger Rechtsgutachten und Entscheidungen [8]) ausgeführte Mittelmeinung eine besondere Betrachtung. Man kann nicht bezweifeln, daß dasjenige, was die Compensation begründen soll, mit der gegenüberstehenden Forderung gleicher Art seyn [9]), und daß

---

7) Der unbedingte Mandatsproceß, der Executiv- und Wechselproceß, treten hier hauptsächlich und fast ausschließlich hervor, insofern man von blos provisorischen Verfügungen und solchen Rechtssachen absiehet, in welchen das Gemeinwohl Eile gebietet. Nicht aber in dem ordentlichen summarischen Proceß (in dem unbestimmten, irregulären) findet das Verwerfen einer zerstörenden illiquiden Einrede ad separatum Statt. Denn hier kommen die materiellen Principien des feierlichen Processes zur Anwendung. Grolman in der Theorie des gerichtl. Verf. in bürg. Rechtsstr. §. 227. nr. 2. Danz, in den Grundsf. der summ. Proc. §. 8. ad 1806. Gönner in dem Handb. des teutsch. gem. Proc. B. IV. Abth. 81. §. 12. S. 35. f.

8) Von Martin herausgegeben 1808. nr. V. S. 272. ff.

9) Thibaut, a. a. O. §. 997. ibi leg.

die auf jene gegründete Einrede überdies eben so factisch gehörig begründet seyn muß, wie solches eine Klage erfordert [10]). Allein einsehen läßt sich nicht, warum nicht im ordentlichen Proceß einer Geldforderung eine solche Geldforderung compensando gegenübergestellt werden dürfe, deren Quantum erst durch Berechnung gefunden werden muß. So wie es actiones generales giebt, deren Gesuch nicht gleich bestimmt seyn kann [11]), so giebt es eben so gewiß dergleichen peremtorische Einreden. In Ansehung dieser ist der Beklagte dem Kläger gleich [12]), und dieser kann nicht stärker berechtiget seyn, als jener [13]). Wenn der Beklagte von dem Kläger Rechnung fordern darf, so ist es nicht dieses factum, womit er compensiren will, sondern das Resultat, das Product, der Rechnung ist es; und wenn dieses Resultat mit der geklagten Forderung einerlei Art ist, Geld gegen Geld, so ist die gesetzliche Bedingung der Compensation vorhanden. Daß der Beweis der Einrede weitschichtiger wird, daß vielleicht eine besondere Liquidationsinstanz, ein Rechnungsproceß, hinter der Definitive entstehet, kann nichts ändern. Denn dieses kann auch in dem Proceß der Klage der Fall seyn [14]). Das Resultat einer dem Kläger obliegenden Rechnung kann der Beklagte bei dem Vorschützen der Einrede nicht angeben; es ist genug, wenn er sie mit denjenigen Thatsachen begründet, aus deren Wahrheit des Klägres Zwangspflicht zur Ablegung einer Rechnung hervorgehet. Auch darf eine gute Gesetzgebung

---

10) Martin, in dem Lehrb. des teutsch. bürgerl. Processes. §. 147. Danz in den Grundsz. des ordentl. Proc. §. 194.

11) Danz, a. a. O. §. 73, mit Note b) ibi all.

12) L. 1. Dig. 44. 1.

13) L. 41. Dig. 50. 17.

14) Martin, a. a. O. §. 255.

Digitized by Google

nicht wollen, daß ein zur Ablegung jener Rechnung verbundener, in mora befindlicher, Kläger seinen Gegner zur Zahlung nöthigen und fordern könne, „man solle den die Rechnung verlangenden Beklagten damit ad separatum verweisen.

XVIII.

Beitrag zu der Lehre vom qualificirten Geständniß, im Gegensatz des einfachen. Dabei Beweis, daß dem Beklagten obliege, zu beweisen, der Vertrag sey unter Bedingung geschlossen.

Von
Dr. Gesterding, Professor der Rechte zu Greifswalde.

Wenn die neuern Rechtsgelehrten lehren, es komme in dieser Materie darauf an, zu erforschen, was zur Begründung der Klage, Einrede u. s. w. gehöre, ob nämlich dieses durch das qualificirte Geständniß zum Theil bestritten — oder ob es gänzlich zugestanden und durch die Behauptung, wodurch das Geständniß beschränkt wird, die an sich gegründete Klage, Einrede u. s. w. zerstört werden soll; — so war dies im Grunde auch schon die Meinung der ältern Rechtsgelehrten. Auch sie nahmen Rücksicht darauf, ob das qualificirte Geständniß von der Art sey, daß eine Verneinung des Grundes der Klage, Einrede u. s. w. darin enthalten, oder ob die Limitation eine Einrede u. s. w. von Seiten desjenigen, der das qualificirte Geständniß ablegt, involvire. Im ersten Fall oder wenn, nach ihnen, das Geständniß und die angehängte Limitation aus *capitibus connexis* bestand, fanden sie, daß durch das Geständniß der Kläger u. s. w. vom Beweise nicht befreit sey, während sie im letztern Fall oder, wenn das qualificirte

Geständniß, wie sie sich ausdrücken, *capita separata* enthielte, dem Beklagten den Beweis der Limitation, als der von ihm vorgeschützten Einrede u. s. w., aufbürdeten. Besonders treffen auch jene ältern Rechtsgelehrten mit den neuern, wenn es zur Anwendung kömmt oder in den Beispielen, die von ihnen für den einen oder den andern Fall angeführt werden, und deren Entscheidung genau zusammen. Ich beziehe mich in dieser Hinsicht besonders auf Just. Henning Böhmer, welcher als das Haupt der vermeintlich anders denkenden Rechtsgelehrten angeführt zu werden pflegt, und das, was er in zwei kurzen Paragraphen, mit seiner gewöhnlichen Klarheit, über das qualificirte Geständniß lehrt [1]), so wie auch von Grafen, der in seiner bekannten Dissertation [2]), wie er selbst sagt [3]), Böhmers Spuren vor allen andern folgt.

Indessen scheint doch ein Unterschied zu seyn und dieser darin zu bestehen, daß jene die Regel geben:

> Confessio qualificata, continens capita connexa, *non est dividenda, sed vel tota acceptanda vel tota rejicienda.*

Die neuern hingegen, indem sie dieses berichtigen wollen, lehren, ein jedes Geständniß sey theilbar, oder vielmehr, es könne das Geständniß von dem beschränkenden Zusatz, von welcher Art dieser auch seyn möge, unter allen Umständen getrennt werden. Was wirklich zugestanden worden, könne der Kläger als ausgemacht annehmen, z. B. daß ein Vertrag geschlossen sey, und es komme nur darauf an, ob der Beklagte die angehängte Limitation, z. B. daß der Vertrag unter Bedingung geschlossen sey, oder ob der Kläger das Gegentheil zu beweisen verbunden sey, und bei der Entscheidung dieser Frage sey dann

---

1) Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 18. §. 2. et 3.

2) De confessione qualificata, Götting. 1769.

3) §. 6.

jener Unterschied zwischen dem, was zur Begründung der Klage u. s. w. gehört — und demjenigen, was als Einrede u. s. w. anzusehen, in Betrachtung zu ziehen.

Allein, ich zweifle sehr, ob es jemals die Meinung der ältern Rechtsgelehrten gewesen, als müsse, im Fall eines qualificirten Geständnisses, der Kläger u. s. w. auch das wirklich Zugestandene erweisen. So wörtlich scheinen sie jene Regel nicht genommen zu haben. Sie wollten damit nur sagen, der Kläger müsse bei capitibus connexis, ungeachtet des Geständnisses, beweisen — nämlich, er müsse einen auf Ausschließung des beschränkenden Zusatzes gerichteten Beweis führen. Zwar, es mag seyn, daß jene Regel hin und wieder mißverstanden worden, daß manche wirklich dafür halten, der Kläger müsse das Geständniß des Beklagten in seinem ganzen Umfange annehmen, oder es in seinem ganzen Umfange verwerfen, nämlich er müsse alles beweisen, was zur Begründung der Klage u. s. w. gehöre: auch den zugestandenen Theil mit, wie dies deutlich von Danz [4]) gelehrt wird; aber diejenigen, durch welche die Lehre ursprünglich ausgebildet ward, möchten ihre wahre Meinung in diesem Theorem schwerlich wieder erkennen. Nur in der Hinsicht läßt ein qualificirtes Geständniß, was aus capitibus connexis besteht, keine Theilung zu, daß der Kläger, indem er das Vortheilhafte heraushebt, seinem Gegner den Beweis der angehängten Limitation aufbürden kann. Böhmer hebt gleich damit an: Porro alia confessio est simplex, alia qualificata. Haec dicitur, quae adjectam qualitatem habet, circa quam dubium incidit, an talis confessio pro parte possit acceptari et pro parte repudiari, *ad hunc videlicet effectum, ut, reo hoc modo confitente, actor non teneatur amplius probare, sed reo potius probatio illius qualitatis incumbat?*

---

4) Grundsätze des ord. Proc. §. 297.

Digitized by Google

Auch aus dem, was er weiterhin lehrt, besonders aus der von ihm gebilligten Form des in einem solchen Fall zu fällenden Urtheils [5]) geht hervor, wie seine Meinung nur dahin gegangen, daß ein qualificirtes Geständniß der angeführten Art den Kläger nicht gänzlich vom Beweise befreie. Und wenn es z. B. heißt, im Fall der Beklagte das Versprechen zusteht, aber dabei behauptet, er habe sich nur unter Bedingung verbindlich gemacht, müsse der Kläger das unbedingte Versprechen, als den wahren Grund seiner Klage darthun, so ist damit grade nicht gesagt, als müsse der Kläger beweisen, einmal das Versprechen selbst und zweitens die Unbedingtheit desselben. Bei der behaupteten Verbindlichkeit zum Beweise eines unbedingten Versprechens soll der Nachdruck der Rede blos auf dem Beiwort: unbedingt, ruhen und es wird m. a. W. nichts anders ausgesagt, als der Kläger müsse beweisen, daß bei dem ihm geleisteten Versprechen von keiner Bedingung die Rede gewesen. Hätte es auch einem Böhmer wohl entgehen können, wie seltsam die Lehre von der Untheilbarkeit eines qualificirten Geständnisses im wörtlichen Verstande an und für sich sey und welche Folgen in der Anwendung daraus abgeleitet werden könnten? Es wäre hier dem Kläger, wenn er den zugestandenen Theil mit beweisen sollte, ganz unnützerweise ein Beweis aufgebürdet, dessen es gar nicht bedurfte und der ihm, sollte er dennoch geführt werden, gar nicht fehlschlagen konnte, wenn er anders selbst nur wollte. Er durfte seinem Gegner nur den Eid zuschieben über das zu beweisende Factum oder vielmehr über diesen Theil des zu beweisenden Facti. Hätte der Gegner den Eid wohl schwören können? Und, wenn er ihn schwören wollte, in welche Verlegenheit geriethe dann nicht der Richter?

Von von Graffen scheint es schon eher zweifelhaft zu seyn, was er bei jener Regel gedacht habe. Wie er sich gleich

---

5) a. a. O. §. 2. am Schlusse.

Digitized by Google

Anfangs [6]) ausdrückt, sollte man fast glauben, er halte dafür, im Fall eines vom Beklagten abgelegten, aus capitibus connexis bestehenden, qualificirten Geständnisses müsse der Kläger u. s. w. den zugestandenen Theil des Facti, worauf seine Klage u. s. w. beruht, mit beweisen. Allein weiterhin [7]) sagt er ausdrücklich: Quamvis vero confessionem qualificatam, si adest limitatio connexa, dividere non liceat, integrum tamen nihilominus est parti adversae, qualitatem confessioni additam refutare, et contrario probato, confessionem deinde absque qualitate acceptare.

Besonders stimmen ältere und neuere Rechtsgelehrte darin überein, und wie bereits schon von Weber bemerkt worden [8]), schon die Glossographen lehrten, daß, wenn der Kläger auf Erfüllung des Vertrags klagt und der Beklagte, den Vertrag geschlossen zu haben, gesteht, jedoch dabei behauptet, er habe sich nur unter Bedingung verbindlich gemacht und diese Bedingung sey noch nicht in Erfüllung gegangen, dem Kläger der Beweis aufzulegen sey, der Beklagte habe sich rein und unbedingt verbindlich gemacht.

Nämlich es ist bekannt, daß ein Vertrag, der unter Bedingung geschlossen ist, imperfect sey, daß daraus Rechte und Verbindlichkeiten nicht entstehen, so lange die Bedingung nicht in Erfüllung gegangen. Indem also der Beklagte die exceptio pacti conditionati et nondum purificatae conditionis vorschützt, bestreitet er das Daseyn des in Ansprache genommenen Rechts und der ihm obliegenden Verbindlichkeit; er behauptet nicht sowohl ein Factum, wodurch die an sich gegründete Klage zerstört wird, sondern bestreitet vielmehr, daß jemals ein Klagerecht gegen ihn existirt habe. Er leugnet einen

---

6) a. a. O. §. 4. am Ende.

7) §. 9. im Anfange.

8) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. S. 334. Note 147.

Digitized by Google

Umstand, der, wenn auch im Klageschreiben nicht angeführt, doch zur Begründung derselben nothwendig mitgehört. Dies sind etwa die Gründe, weshalb dem Kläger der Beweis der Unbedingtheit des Vertrags aufgebürdet wird. Es versteht sich dies von eigentlich sogenannten oder aufschiebenden Bedingungen. Denn eine auflösende Bedingung hindert die Perfection des Vertrags nicht; daher braucht der Kläger, wenn der Beklagte eine Resolutivbedingung vorschützt, nicht zu beweisen, daß dem Vertrage keine angehängt sey.

Mir scheint es, diese Theorie, wornach dem Kläger der Beweis aufliegen soll, der Vertrag sey ohne (aufschiebende) Bedingung geschlossen, im Fall der Beklagte das Gegentheil behauptet, sey unhaltbar. Schon Claproth [9]) lehnte sich dagegen auf, doch ohne Erfolg, vielleicht weil er seinen Widerspruch mit zu schwachen Gründen unterstützt hatte [10]). Weber fand leichtes Spiel im Widerlegen und blieb der ältern Theorie getreu.

Nicht das hohe Alter jenes Lehrsatzes, nicht so vieler berühmter Männer Auctorität, denen er wohl gefiel, vielleicht, weil er so wenig alltäglich, blos der Kunst angehörig, nur ihren Eingeweihten zugänglich erschien, schrecken mich zurück zu behaupten, es beruhe damit auf einem verjährten Irrthum.

Ich läugne, daß die Unbedingtheit des Vertrags zur Begründung der Klage gehöre. Nein, das Verlangen des Klä-

---

9) Einleitung in den ord. bürg. Proceß §. 217.

10) Schon vor Claproth fehlte es nicht an Einzelnen, die in früherer Zeit die Richtigkeit der gewöhnlichen Theorie bezweifelten. Wenigstens berichtet es von Graffen a. a. O. §. 13. ohne sie namentlich zu nennen. Ihre Gründe waren nach ihm: Constentem duo affirmare, tam ipsum factum principale, quam limitationem. Ex confessione ipsius facti fundatam esse intentionem adversarii, eumque ideo ad ejus probationem adstringi non posse; in qualitate vero fundamentum aliquod defensionis positum esse, ab eo probandum, qui ad illud provocat.

Digitized by Google

gers, der Richter möge den Beklagten anhalten, den Vertrag zu erfüllen, wird schon dadurch hinlänglich gerechtfertiget, daß der Beklagte den Vertrag geschlossen und sich gegen den Kläger verbindlich gemacht hat.

Ganz anders ist es, wenn der Beklagte auf Zurückgabe der ihm dargeliehenen Summe belangt wird und er dann einwendet, er habe zwar die eingeklagte Summe empfangen, sie sey ihm aber in Verwahrung gegeben, oder der Kläger habe sie aus einem Miethvertrage zu fordern. Dann sagt er m. a. W. ich läugne das Darlehn, und folglich bestreitet er einen Theil desjenigen, worauf die Klage gegründet ist, nämlich den angegebenen Rechtsgrund der Forderung. Oder, wenn der Kläger behauptet, der Beklagte habe ein Haus z. B. für 1000 Thlr. von ihm erkauft, dieser den Handel zugesteht, aber dabei behauptet, daß in dem Handel die Mobilien begriffen gewesen, liegt in dieser Behauptung eine Bestreitung desjenigen, was zur Begründung der Klage gehört, nämlich daß der Beklagte für das Haus oder, was einerlei ist, für das Haus allein 1000 Thlr. als Kaufgeld zu erlegen versprochen. Dem Kläger liegt also der Beweis ob, daß die Schuld aus einem Darlehn herrühre — daß das eingeklagte Kaufgeld für das Haus allein stipulirt sey. (Der letztere Satz ward bekanntlich zuerst von Sibeth auf die Bahn gebracht.) Ja auch in dem Fall, da der Kläger auf Erfüllung eines Vertrags klagt gegen Jemanden, welcher, wie er selbst anführt oder zugesteht, oder nöthigenfalls bewiesen wird, damals unter Vormundschaft stand oder gegen ein Frauenzimmer, was unter Lübischem Recht steht, muß er, im Fall es bestritten wird, beweisen, daß der Vormund zu dem Vertrage seine Zustimmung gegeben; denn diese Einwilligung gehört zur Substanz des Geschäfts.

Es ist wahr, auch ein bedingtes Geschäft ist imperfect, so lange die Bedingung nicht in Erfüllung gegangen. Aber es gibt mancherlei Umstände, welche die Einwilligung und das Daseyn einer Verbindlichkeit hindern, deren Nichtvorhandenseyn der Kläger deshalb noch nicht zu beweisen nöthig hat. Wie,

wenn der Beklagte einwendet, er sey zur Eingehung des Vertrags durch Betrug verleitet, oder er sey im Irrthum gewesen, der Vertrag sey nur zum Schein geschlossen oder er habe nur gezwungen eingewilligt, wird wohl jemand seyn, welcher behaupten sollte, der Kläger müsse beweisen, der Beklagte sey nicht betrogen, habe sich nicht geirrt, mit dem Vertrage sey es ernstlich gemeint gewesen, der Beklagte habe mit Freiheit eingewilligt? Oder wird nicht vielmehr jeder sagen, dem Beklagten liege ob, Betrug, Irrthum, Simulation, Zwang zu erweisen [11]).

Ja, so ist es; der Kläger hat keinesweges nöthig, die Abwesenheit außerordentlicher Umstände zu erweisen, welche der Gültigkeit des Vertrags im Wege stehen und den Consens hindern können. Weber selbst lehret ja: die Begründung eines Rechts, einer Forderung, einer Befreiung oder Gegenforderung erheischt nichts mehr, als was zunächst in Beziehung auf dieses Recht oder diese Befreiung, wovon die Rede ist, wesentlich und als Regel vorausgesetzt wird; die Thatsachen, welche hierzu gehören müssen erwiesen werden, nicht aber außerdem noch die allgemeinen Bedingungen aller Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt, die Abwesenheit der Hindernisse, die der Gültigkeit oder Wirksamkeit eines Vorgangs entgegentreten können. Der Kläger habe daher, fährt Weber fort, z. B. nicht nöthig, außer dem Darlehn, Kaufcontract u. s. w. zu beweisen, daß der Beklagte zu der Zeit, da er den Contract geschlossen, großjährig, sanae mentis, und überhaupt über das Seinige zu verfügen befugt gewesen [12]). Dieses, dünkt mich, läßt sich auch auf den gegenwärtigen Fall anwenden und dem Beklagten, welcher zugesteht, daß er sich verbindlich gemacht habe, also das, was an und für sich hinlänglich ist, die Klage

---

11) L. 6. et 18. §. 1. D. de probat. L. ult. pr. D. quod metus causa.

12) Weber a. a. O. S. 242.

Digitized by Google

zu begründen, gebührt es, das Hinderniß zu beweisen, was der Wirksamkeit des Vertrags entgegensteht, nämlich, daß er sich nur unter Bedingung verbindlich gemacht habe.

Aber ich sehe wohl, auf welchen Fehlern im Ideengange die entgegengesetzte Meinung beruhe.

Einmal raisonnirt man so: Ein bedingter Vertrag ist imperfect, so lange die Bedingung nicht in Erfüllung gegangen; folglich begründet er die angestellte Klage nicht; folglich muß der Kläger beweisen, daß der Beklagte sich unbedingt verbindlich gemacht habe. Das ist eine wunderbare Art, zu schließen; vielmehr müßte aus solchen Vordersätzen auf Abweisung des Klägers geschlossen werden.

Zweitens nimmt man als ausgemacht an, was erst zu beweisen ist, nämlich, daß der Vertrag unter Bedingung geschlossen, folglich imperfect sey. Wird denn ein Vertrag deshalb bedingt, folglich imperfect, daß der Beklagte es behauptet? Ein Vertrag ist imperfect, wenn er unter einer (aufschiebenden) Bedingung geschlossen worden; daß er es sey, folgt daraus nicht, daß der Beklagte es vorschützt. Wegen der bloßen Möglichkeit eines solchen Hindernisses kann der Kläger mit keinem Beweise bebürdet werden; der Beklagte muß erst zeigen, daß ein solches Hinderniß wirklich vorhanden sey. — Das ist denn auch, beiläufig, der Grund, weshalb das actuelle Vorhandenseyn anderer Umstände, als Irrthum, Zwang u. s. w., welche die Einwilligung hindern, derjenige beweisen muß, der sich darauf beruft. Sie hindern die Einwilligung nicht, weil sie möglich, sondern, weil sie wirklich waren, und dies vom Beklagten erwiesen worden. — Hat aber der Beklagte erwiesen, daß er sich nur unter Bedingung verbindlich gemacht, dann kömmt die Reihe, zu beweisen, an den Kläger. Ihm gebührt es dann, zu zeigen, daß die Bedingung in Erfüllung gegangen, folglich das Hinderniß,

Digitized by Google

was der Perfection des Vertrags im Wege stand, in der Folge hinweggefallen sey.

Nach der Theorie, die namentlich Weber vorträgt, ist der Kläger verbunden, zu beweisen, daß der Vertrag ohne Bedingung geschlossen, der Beklagte aber muß beweisen, daß diese oder jene bestimmte Bedingung dem Vertrage angehängt sey. Allein, wer sieht es nicht, daß der letztere Beweis den Beweis in sich schließt, daß der Vertrag überhaupt unter Bedingung geschlossen sey, und daß folglich beide Theile, in Ansehung desselben Satzes, zur Beweisführung verbunden erklärt werden. Zwar, die Behauptung dieser oder jener bestimmten Bedingung soll eine Einrede involviren, und folglich würde der Kläger abzuweisen seyn, wenn er den Beweis der Reinheit des Vertrags nicht führte, sollte gleich dem Beklagten der Beweis, daß diese bestimmte Bedingung angehängt worden, mißlungen seyn, nach der Regel: actore non probante, reus absolvitur. Aber es würde hier doch der besondre Fall eintreten, daß der Beweis der Einrede, gleich einem directen Gegenbeweise, auf das reine Gegentheil dessen, was im Hauptbeweise darzuthun ist, gerichtet wäre, nur daß in selbigem dem reinen Gegentheil noch etwas hinzugesetzt würde.

Noch mehr. Wenn dem Kläger ein Theil desjenigen, was zum Grunde der Klage gehört, abgeleugnet wird, so muß er diesen abgeläugneten Theil erweisen, oder den Proceß verlieren. Des Beweises der Einrede bedarf es dann nicht, als welche nur, die an sich gegründete Klage zu zerstören, den Zweck hat. Hier würde es anders seyn. Der Kläger dürfte nur zugestehen, daß der Vertrag bedingt geschlossen, dabei aber läugnen, daß diese bestimmte Bedingung dem Vertrage angehängt worden, als welches das fundamentum excipiendi seines Gegners seyn soll. Dann würde er sich (durch Zugeständniß) vom Beweise frei machen und die Last desselben seinem Gegner zuwälzen.

Diese Anomalien entspringen aus der Unhaltbarkeit der gewöhnlichen Theorie und — beweisen sie dadurch zugleich.

Digitized by Google

Wer zweifelt nun noch wohl, daß der Beklagte es sey, welcher, wenn er einwendet, der Vertrag sey unter Bedingung geschlossen, beweisen müsse, daß dem Vertrage von seiner Seite eine Bedingung angehängt worden, als welche, gleich andern Nebenbestimmungen der Verträge zum Wesen des Vertrags nicht gehört, sondern von außen hinzukömmt.

XIX.

Beitrag zu der Lehre von der Delegation.

Von

Dr. Gesterding, Professor der Rechte zu Greifswalde.

---

§. 1.

Bei der Delegation ist es sehr gewöhnlich, daß der Schuldner (als Delegans) dem Gläubiger (als Delegatar) seinen Schuldner (als debitor delegatus) substituirt. Voet [1]) nimmt die Ueberweisung seines Schuldners, von Seiten des Schuldners, an den Gläubiger sogar in den Begriff auf und nennt eine Delegation dieser Art eine Delegation in der engern Bedeutung. In weiterer Bedeutung sey es, setzt er hinzu, auch Delegation, wenn der Schuldner einem andern, als seinem Schuldner, den Auftrag mache, den Gläubiger an Stelle seiner zu befriedigen.

Weder in der Sprache, noch in der Verschiedenheit der Rechtsgrundsätze liegt ein Grund, der uns berechtigen könnte, den Begriff der Delegation auf den Schuldner des Schuldners, als debitor delegatus, einzuschränken und auf eine höchst ent-

---

1) ad tit. Dig. de novat. et delegat. §. 11. et 12.

Digitized by Google

behrliche Weise zwischen Delegation in engerer und weiterer Bedeutung zu unterscheiden.

Die Gesetze kennen diesen Unterschied nicht; der Schuldner, als Delegant, kann seinen Schuldner dem Gläubiger substituiren [2]), er kann ihm aber auch einen andern, der sein Schuldner nicht ist, an Stelle seiner zum Schuldner einsetzen [3]). Beider Fälle erwähnen die Gesetze und behandeln sie auf dieselbe Weise, und, wie überhaupt bei der Delegation aller drei Personen Wille übereinstimmen und namentlich der debitor delegatus einwilligen muß, Schuldner des Delegatarius werden zu wollen, an Stelle des Delegauten, bemerken sie nur, wie selbst in dem Fall, wenn der Schuldner seinen Schuldner substituirt, es an der Einwilligung des Substituirten, Schuldner (desjenigen, der sein Gläubiger bisher nicht war, sondern nur seines Gläubigers Gläubiger) seyn zu wollen, nicht fehlen dürfe [4]).

§. 2.

Die Delegation involvirt einen doppelten Vertrag, nämlich einen Vertrag zwischen dem Deleganten und dem debitor delegatus, welcher sich gegen den erstern verbindlich macht, an seine Stelle treten zu wollen, und dann einen Vertrag zwischen dem Delegirten und dem Gläubiger, wodurch jener die Verbindlichkeit des Deleganten, an Stelle desselben, wirklich übernimmt und ihn auf solche Art frei davon macht. Der letztere Vertrag oder die Expromission [5]) geschieht nach römischen Recht

---

2) L. 3. et 6. C. h. t. Ein Fall der Art L. 36. D. de jure dotium.

3) L. 5. C. eod.

4) L. 6. C. cit.

5) Der Ausdruck Expromission wird in den Gesetzen so allgemein gebraucht, daß er jeden Vertrag, wodurch an die Stelle einer vorigen Verbindlichkeit eine neue gesetzt wird, unter sich

Digitized by Google

bekanntlich durch Stipulation, weil ein simpler Vertrag keine klagbare Verbindlichkeit bewirkt; hingegen erfordert der erstere keine besondre Form, sondern es ist an der bloßen Einwilligung genug, denn er paßt unter die Form des Mandats. Der Delegant trägt nämlich dem debitor delegatus auf, er ersucht ihn, als Schuldner an seine Stelle zu treten, und dieser verspricht es. Voet drückt sich so darüber aus, als sey dieser Vertrag ein bloßes mandatum *de solvendo* [6]; aber zunächst ist es nicht die Absicht des Contrahenten, daß Delegatus die Verbindlichkeit tilge, sondern, daß er sich gegen den Gläubiger verbindlich mache, wodurch dann Folgeweise der bisherige Schuldner seiner Verbindlichkeit ledig wird. Der Delegatus soll für jetzt gerade nicht zahlen, sondern an Stelle des bisherigen Schuldners zu zahlen versprechen.

§. 3.

Erst durch die, in Folge dieses Vertrags, geschehene Expromission oder den Vertrag zwischen dem debitor delegatus und dem Gläubiger, wodurch jener sich gegen diesen verbindlich macht, geschieht bekanntlich die Novation und wird der bisherige Schuldner seiner Verbindlichkeit entledigt. Die Expromission

---

begreift, also nicht blos, wenn eine fremde Verbindlichkeit es ist, welche Jemand übernimmt, was wir ausschließlich Expromission nennen, sondern auch, wenn eine eigne durch das Surrogat einer neuen ersetzt und verändert wird. L. fin. D. ad Sctum Maced. S. Averanii Interpret. lib. 2. cap. 15. nr. 1 et 2. J. H. Böhmer ad §. 3. I. quibus modis toll. obl. Averani und mit ihm Böhmer unterscheiden drei Arten einer solchen Expromission in dieser allgemeinen Bedeutung, nämlich 1) Expromission, wobei die Personen des Schuldners und Gläubigers unverändert bleiben; 2) wenn der Gläubiger verändert wird; 3) wenn der Schuldner verändert wird. Aber die beiden letzten Arten gehören zusammen zur Delegation und Expromission im gewöhnlichen Sinne.

6) Voet c. l. §. 12.

ist es, welche die Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners tilgt; der vorhergegangene Vertrag des Schuldners mit dem debitor delegatus ist hierbei gleichgültig und enthält nur die Veranlassung der Expromission, welche, auch wenn sie ohne einen solchen vorhergegangenen Vertrag, auf eine bloß einseitige Art, ja selbst, wenn sie wider Willen des bisherigen Schuldners geschieht, immer ganz dieselbe Wirkung hervorbringt, daß nämlich die vorige Verbindlichkeit getilgt wird und eine neue an deren Stelle tritt [7]). Aber die nach dem Willen des Schuldners geschehene Uebernahme seiner Verbindlichkeit oder die Delegation bringt doch eine Wirkung hervor, die ihr eigenthümlich ist; es wird dadurch getilgt, nicht bloß die Verbindlichkeit des Deleganten gegen den Delegatar, sondern zugleich auch die Verbindlichkeit des debitor delegatus gegen den Deleganten [8]), vorausgesetzt, daß, wie gewöhnlich, der Schuldner, als Delegant, seinen Schuldner, als debitor delegatus, dem Gläubiger delegirt, und an Stelle dieser doppelten erlöschenden Verbindlichkeit tritt dann Eine einfache neue, diejenige nämlich, die bei der Delegation der Delegatus gegen den Gläubiger des Deleganten contrahirt. Indem der Delegatar den Schuldner wechselt, wechselt der Delegatus den Gläubiger; der Delegant aber hört auf, so Schuldner, als Gläubiger zu seyn.

§. 4.

Da das Geschäft zwischen dem Deleganten und dem Delegirten ein Auftrag ist, so scheint sich daraus die Folgerung zu ergeben, daß, so lange der Delegirte die Verbindlichkeit des Schuldners nicht wirklich übernommen hat, der Delegant seinen Willen ändern und den Auftrag widerrufen könne; was aber voraussetzt, daß der Vertrag zwischen beiden von dem Vertrage des Delegirten mit dem Gläubiger, der Expromission, auch der

---

7) L. 8. in fine D. h. t.

8) L. 3. C. de novat. et del. Voet c. l. §. 13.

Digitized by Google

Zeit nach getrennt erscheint. Richtet er den Auftrag nicht aus oder will der Gläubiger ihn nicht zum Schuldner annehmen, so bleibt er Schuldner des Delegirenden, wenn er es nämlich vorher schon war; denn es ward schon bemerkt, daß erst durch die Erfüllung des Auftrags, d. h. durch die wirkliche Expromission, die Verbindlichkeit des Schuldners, als Delegirten, gegen den Delegirenden erlischt. Es leidet wohl keinen Zweifel, daß der Delegirende aus dem Mandat auch gegen den Mitcontrahenten fordern und klagen könne, daß er sich gegen den Gläubiger, an Stelle seiner, verbindlich und ihn auf solche Art von der Verbindlichkeit frei mache.

§. 5.

Was die Entschädigung des Delegirten betrifft, so hat der Delegirte eigne Schuldner des Delegirenden schon, was ihm gebührt. Er soll nämlich mit dem, was er dem Delegirenden schuldig ist, künftig dem Gläubiger desselben verhaftet seyn, oder vielmehr, dafür, daß er sich dem Gläubiger des Delegirenden verbindlich macht, soll die Verbindlichkeit, die ihm gegen den Letztern bisher oblag, durch eine Art von conventioneller Compensation verschwinden. Nicht selten z. B. bei Erbtheilungen wird dem Delegirten im Voraus zu Gute gerechnet, was er als Schuld übernommen hat, d. h. ehe denn er sich gegen den Gläubiger wirklich verbindlich gemacht und dieser ihn als Schuldner angenommen hat. Einem delegirten Nichtschuldner gebührt die Entschädigung, die ihm versprochen ist [9]; ja auch ohne besonderes Versprechen kann er sie, nach meinem Ermessen, vermöge des von ihm ausgerichteten Mandats, wodurch er den Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei gemacht hat, fordern, als so etwas, was er bei Ausrichtung des Mandats aufgewandt hat — wobei es einerlei ist, ob er schon wirklich gezahlt hat oder so viel schuldig geworden ist — es wäre

9) Perez ad h. tit. C. nro. 10.

denn, daß die Absicht des Delegirten dahin ging, durch Uebernahme seiner Verbindlichkeit, dem Delegirenden ein Beneficium zu erweisen. Der Delegirte mag nun Entschädigung zu fordern haben oder nicht, er mag die gebührende erhalten haben oder nicht, sie erhalten können oder nicht; unter allen Umständen ist er verbunden, das Versprechen, was er dem Gläubiger geleistet, zu erfüllen und eine Schuld zu tilgen, welche durch die vorgegangene Veränderung die seinige geworden ist [10]).

§. 6.

Aeltere Rechtsgelehrte, z. B. Fachineus [11]), Perez [12]), Vinnius [13]), Huber [14]) und viele andre, worauf sie sich berufen, lehren fast einstimmig, bei der Delegation sey es nicht nothwendig, daß der animus novandi ausdrücklich erklärt werde und Justinians bekannte Verordnung [15]) sey auf selbige nicht zu beziehen; denn, wenn der Schuldner einen andern dem Gläubiger substituirt, könne der animus novandi nicht zweifelhaft seyn.

Dies beruht auf einer petitio principii. Freilich bei einer wirklichen Delegation kann der animus novandi nicht zweifelhaft seyn, aber es soll eben erst ausgemacht werden, ob es Delegation und also Expromission oder ob es nicht vielmehr Adpromission sey. So viel ist richtig, daß, wenn der Schuldner einen andern an seine Stelle setzt oder überhaupt ein Andrer sich, statt seiner, verbindlich macht, es dann nicht noch besonders erklärt werden darf, die vorige Verbindlichkeit solle aufhö-

---

10) L. 5. C. cit.

11) Controv. lib. 2. cap. 54.

12) Ad h. tit. C. nro. 12.

13) Ad §. 3. I. quibus modis toll. obl. n. 7.

14) Prael. in I. p. 352.

15) L. ult. C. de novat. et delegat.

Digitized by Google

ren und eine neue an deren Stelle treten, aber immer ist es auszumittelnde quaestio facti, nicht bloß, ob der bisherige Schuldner dem Titius aufgetragen, sich, an Stelle seiner, verbindlich zu machen, sondern, ob, im Verhältniß beider zu dem Gläubiger, wirklich eine Expromission vorgegangen, als worauf es in Hinsicht auf die Novation allein nur ankömmt, also, ob Titius sich, an Stelle des Schuldners, dem Gläubiger verbindlich gemacht, dieser ihn, statt des bisherigen Schuldners, zum Schuldner angenommen und, in Folge dessen, der bisherige Schuldner seiner Verbindlichkeit ledig geworden. Es kann sich ja ein Dritter gegen den Gläubiger verbindlich machen, ohne daß die Absicht obwaltet, der bisherige Schuldner solle seiner Verbindlichkeit entledigt seyn — entweder als correus oder als Bürge, also neben dem bisherigen Schuldner — und mithin ist es sehr wohl möglich, daß, wenn ein Dritter, als Schuldner, hinzutritt, Zweifel darüber entstehen können, welche Absicht dabei obgewaltet, ob dies Expromission und also Novation gewesen sey, folglich der Gläubiger sein Recht gegen den bisherigen Schuldner aufgegeben habe, oder nicht; ja ich möchte beinahe sagen, dergleichen Zweifel können in Fällen dieser Art eher entstehen, als bei einer sonstigen oder schlechthin sogenannten (einfachen) Novation. Ich will dann nicht einmal erwähnen, daß Justinian in jener bekannten Verordnung (L. ult. C. de novat.), es müsse der Wille, daß eine Novation vorgehen soll, ausdrücklich offenbart werden, sonst daure die vorige Verbindlichkeit fort und die neue trete hinzu, zwischen der einfachen Novation und der Delegation nicht unterscheidet, aber höchst seltsam, wunderbar und gar nicht zu entschuldigen wäre es, wenn Justinian, indem er in den Institutionen [16]) diesen Satz wiederholt und sich dabei auf seine ebenerwähnte Verordnung beruft, nicht erwähnt hätte, daß sie auf die Delegation nicht anwendbar sey, wenn dies nämlich seine Meinung gewesen

16) §. 3. I. quibus modis toll. obl.

wäre, nachdem er nur so eben beider Arten der Novation und besonders der Delegation gedacht und von der letztern sogar hauptsächlich gehandelt hätte, so daß nicht anders angenommen werden kann, als seine Lehre von dem nicht zu vermuthenden, sondern ausdrücklich zu offenbarenden animus novandi beziehe sich auf beide Arten der Novation.

Das Vorhandenseyn einer wirklichen Delegation oder Expromission, also einer wahren Novation, wird nicht zweifelhaft seyn, wenn ausdrücklich zu erkennen gegeben ist, daß der neue Schuldner sich an Stelle des alten verbindlich mache oder daß die vorige Verbindlichkeit aufhören solle oder wenn, wie gewöhnlich, dem vorigen Schuldner ein Liberationsschein vom Gläubiger ertheilt ist.

XX.

Von der Verantwortlichkeit des Vormundes in Ansehung ausstehender, zum Vermögen des Mündels gehörender, Forderungen.

Von

Dr. Gesterding, Professor der Rechte zu Greifswalde.

Wie häufig entstehen nicht Streitigkeiten zwischen den Mündeln und ihren vormaligen Vormündern über Gelder, die von den letztern verliehen worden und in Concursen verloren gegangen! Wie weit der Vormund in dieser Hinsicht, überhaupt in Ansehung ausstehender Forderungen des Mündels, verantwortlich sey, eine Untersuchung darüber möchte, wenn sie nicht gänzlich mißlingt, zu dem vernachlässigten Vormundschaftsrecht einen, wenn auch nur kleinen, doch nicht ganz unwillkommenen, Beitrag liefern.

Digitized by Google

Es darf kaum bemerkt werden, was sich schon von selbst versteht, daß ein Vormund nicht simpliciter verbunden seyn könne, den Mündel zu entschädigen, wenn ausstehende Forderungen desselben verloren gehen. Zwar drücken manche Gesetzstellen sich so aus, daß man glauben sollte, ausstehende Forderungen des Mündels ständen zur Gefahr des Vormundes [1]), aber dieser Ausdruck bedeutet hier keinesweges, daß ein Vormund für zufälligen Verlust verantwortlich sey; nein, er haftet nur für den Verlust, wenn er ihn verschuldet hat, wenn dieser dadurch entstanden, daß er die Pflichten vernachlässigte, die ihm, als Vormund, oblagen [2]).

Ein Vormund ist bekanntlich verbunden, das Vermögen seines Mündels zu verwalten, wie jeder gute Wirth das seinige verwaltet oder, was einerlei ist, verwalten muß [3]). Läßt er es hieran fehlen, so ist er in culpa und — diese kann hier auf doppelte Art sich äußern, nämlich

einmal dadurch, daß er diesem Schuldner traut, oder, m. a. W., eine ausstehende Forderung bei ihm entstehen läßt — *culpa in contrahendo nomine commissa* —

zweitens dadurch, daß er die ausstehende Forderung vom Schuldner entweder überall nicht, oder doch nicht zur rechten Zeit beizutreiben sich bemüht — *culpa in non exigendo commissa* [4]). Im ersten Fall schadet der Vormund durch Thätigkeit, im zweiten — durch Unthätigkeit.

---

1) Z. B. L. 39. D. de adm. et per. tut. L. 43. pr. D. eod. L. 18. C. eod.

2) L. 15. D. de adm. et per. tut. L. 57. D. eod. L. 2. C. arbitr. tut. Daß der Ausdruck; Periculum hier nicht zufälligen Verlust, sondern Verlust durch Culpa bezeichne, bemerken auch Hartmann Pistor. (quaest. 49. nr. 1. 2. 8.) und Leyser (sp. 333. med. 7).

3) L. 33. D. de adm. et per. tutor.

4) Beides unterscheidet wohl Hartmann Pistor. a. a. O.

Digitized by Google

Betrachten wir jeden dieser beiden Fälle besonders.

Also erstens der Vormund gibt z. B. Gelder des Pupillen andern zum Darlehn oder überhaupt, er contrahirt activ eine Forderung für seinen Mündel, wird durch seinen freien Willen Gläubiger dieses oder jenes Schuldners.

Nun, dabei wird er sich wie ein vorsichtiger Haushalter zu benehmen haben, in Anwendung des angeführten allgemeinen Grundsatzes auf dies besondre Verhältniß. Er wird also, ehe denn er traut, sehen, wem er traue. Besondre Vorsichtsmaßregeln schreiben die Gesetze ihm nicht vor, sondern sie begnügen sich, ihm im Allgemeinen zur Pflicht zu machen, nur einem sichern Schuldner — *debitor idoneus* — zu creditiren. Doch ist nicht gerade absolut nöthig, daß der Schuldner wirklich sicher sey; es ist schon genug, daß er allgemein für sicher gehalten ward [5]). Gewährt die Person des Schuldners keine Sicherheit, so kann diese vielleicht dadurch bewirkt werden, daß ein andrer die Verbindlichkeit desselben accessorisch übernimmt, also sich für ihn verbürgt; nur müßte dann freilich wiederum der Bürge, als Schuldner, ein fidejussor idoneus seyn.

Daß der Schuldner sicher gewesen oder allgemein dafür gehalten sey, nämlich zu der Zeit, als der Vormund mit ihm in dies Verhältniß trat, muß, wenn es bestritten wird, der Vormund beweisen [6]). Doch, scheint es, würde es schon genug seyn, wenn der Vormund im Allgemeinen bewiese, daß

---

5) *L. 50. D. de adm. et per. tut.* Si res pupillares incursu latronum pereant; vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit, *cum fuisset celeberrimus*, solidum reddere non possit: nihil eo nomine tutor praestare cogitur. L. III. D. de cont. et dem. Leyser spec. 333. med. 8,

6) *L. 11. D. de probat.* Non est necesse pupillo probare, fidejussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse: nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit, providere, ut pupillo caveretur. Hartmann Pistor. c. l. nr. 11. et 12. Leyser spec. 333. med. 8.

Digitized by Google

hinlängliche Gründe vorhanden gewesen, den Schuldner für sicher zu halten, und daß er es an der schuldigen Sorgfalt nicht habe ermangeln lassen. Denn, wie ich schon gesagt habe, der Vormund, und überhaupt jeder Verwalter eines fremden Vermögens, leistet seiner Pflicht ein Genüge, wenn er demjenigen traut, dem ein vorsichtiger und sorgsamer Haushalter trauen würde [7]).

Die Pflicht des Vormundes, über die Erhaltung des Vermögens seines Mündels zu wachen, äußert sich dann **zweitens** darin, daß er die ausstehenden, zu diesem Vermögen gehörenden, Forderungen von den Schuldnern zur rechten Zeit, nöthigenfalls durch Hülfe des Richters, einzuziehen und beizutreiben sich bemühen muß. Je länger er die Beitreibung versäumt, je mehr wächst seine Verschuldung [8]). Geben die Forderungen verloren, weil er versäumte, sie zur rechten Zeit von den Schuldnern, die darüber insolvent geworden, beizutreiben, so ist er verbunden, den Schaden zu ersetzen [9]). Hier ist es also *culpa in non exigendo*, welche den Vormund zum Schadensersatz verpflichtet.

---

7) L. III. D. de cond. et demonstr.

8) Mev. P. 8. dec. 76.

9) *L. 15. D. de adm. et per. tut.* Si tutor constitutus, quos invenerit debitores, non convenerit, ac *per hoc* minus idonei efficiantur: ipse in debitam pecuniam, et in usuras ejus pecuniae, quam non foeneravit, convenitur. L. 57. D. eod. Chirographis debitorum incendio exustis, cum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam, aut novationem faciendam cogere, cum idem circa priores debitores propter eundem casum fecissent, id omisissent circa debitores pupillorum: an, si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, judicio tutelae consequentur? Respondit: si adprobatum fuerit, eos tutores hoc per dolum, vel culpam praetermisisse: praestari ab his hoc deberi.

Digitized by Google

Vor allen Dingen wird dabei vorausgesetzt, daß dem Vormunde rechtlich möglich gewesen, die Forderung beitreiben zu können, also, daß sie bereits fällig war oder daß es nur von ihm abhing, sie durch Kündigung fällig zu machen.

Daran ist es aber allein nicht genug, sondern, damit der Vormund verbunden sey, den Mündel wegen des Verlustes zu entschädigen, wird es, wenigstens bei Forderungen, die einer Kündigung bedurften, darauf ankommen, daß der Vormund Gründe hatte, den Schuldner für unsicher zu halten, und dann in allen Fällen, daß in der unterlassenen Beitreibung der Grund des Verlustes enthalten seyn.

Hatte der Vormund keine Gründe, den Schuldner für unsicher zu halten, so scheint es mir, könne ihm nichts zur Last gelegt werden, wenn er die Forderung vom Schuldner einzuziehen sich nicht bemüht. Selbst, wenn die Forderung schon fällig war, kann ihn, nach meinem Ermessen, die unterlassene Einforderung nicht unter allen Umständen in Schuld setzen, in sofern sie nämlich Zinsen trägt, da er ja doch verbunden seyn würde, das Geld wiederum auf Zinsen anzulegen [10]).

10. L. 15. D. de adm. et per. tut. In der Nov. 72, Cap. 6, ist zwar der Vormund der Nothwendigkeit, das Geld des Mündels auf Zinsen auszuleihen, überhoben und, wenn er es freiwillig thut, so ist es auf seine Gefahr. Der Satz hat aber bei den Gerichten keinen Eingang gefunden, man ist vielmehr der Vernunft und dem ältern Recht getreu geblieben. Dieselbe Novelle a. a. O. enthält bekanntlich auch Einiges über die Sicherheitsmaßregeln, die bei Verleihung der Gelder des Pupillen der Vormund zu nehmen hat, was aber, wie es mir scheint, mehr, aus dem Zusammenhange leicht erklärlicher, diesem nicht zu entreißender, Rath ist, als Vorschrift, weshalb ich auch im Text darauf keine Rücksicht genommen habe. Si vero ipse sponte mutuare voluerit, heißt es am Ende jenes Capitels der Novelle, sub obligatione forte pignorum, vel sub aliis quae putantur indubitatae, cautelis: tunc habeat quidem duorum mensium per singulos annos inducias: hoc, quod leges laxamentum vocant; sciat autem mutui periculum omnino ad se venturum.

Wenn der Vormund in diesem Fall positive Gründe hatte, den säumigen Schuldner für sicher oder die fällige Forderung für gut zu halten, so sehe ich nicht, weshalb er z. B. das dargeliehene Geld dem Schuldner nicht noch ferner überlassen könnte, da er es ihm ja, unter jener Voraussetzung, hätte leihen können. Es ist dieser Fall dann nach eben den Grundsätzen zu beurtheilen, als wenn er es ihm von Neuem geliehen hätte. —

Ein Verdacht der Unsicherheit entsteht, wenn der Schuldner lange Zeit keine Zinsen zahlt [11]). Zwar daraus folgt grade nicht nothwendig, daß der Schuldner unsicher sey; es kann dabei Nachlässigkeit, vorübergehende Verlegenheit zum Grunde liegen. Indessen ist hier auch nur die Rede von demjenigen, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wahrscheinlich und was wenigstens von der Art ist, daß es den Vormund zu weitern Nachforschungen veranlassen muß.

Dann weiter versteht es sich wohl von selbst, wie es nicht genug seyn könne, daß die unterlassene Beitreibung und der Verlust der Forderung auf einander gefolgt sind. Nein, das Erstere muß vielmehr den Grund des Letztern enthalten [12]). Es ist sehr wohl möglich, daß der Vormund in der Beitreibung der Forderung des Mündels nachlässig gewesen, ohne daß der Mündel deshalb berechtigt ist, von ihm Entschädigung für deren Verlust zu begehren. Es kann ja seyn, daß die Forderung auch bei der größten diligentia in exigendo verloren gegangen seyn würde, weil der Schuldner schon damals insolvent war, als der Vormund zur Beitreibung zuerst im Stande und veranlaßt war. Ist dies der Fall, so kann der Mündel vom Vormund eben so wenig Ersatz verlangen, als wenn der Letztere nachlässig gewesen, die Forderung aber gerettet worden. In beiden Fällen fällt dem Vormunde zwar Schuld zur Last, aber der Verlust der Forderung ist nicht die Folge seines pflichtwidrigen Benehmens.

---

11) Mev. P. 8. dec. 76. not. 10.

12) L. 15. D. de adm. et per. tutor. L. 57. D. eod.

Digitized by Google

Der Mündel ist es diesmal, welcher zu beweisen hat, wie der Verlust der Forderung aus der / .chtwidrig unterlassenen Beitreibung entstanden sey. Er muß also beweisen, daß der Vormund in culpa und der Verlust der Forderung die Folge davon gewesen. Dies nur kann sein auf Entschädigung gerichtetes Verlangen hinlänglich rechtfertigen. Zu jenem Beweise gehört es, erschöpft ihn aber nicht, daß der Schuldner zu der Zeit noch zahlungsfähig gewesen, als der Vormund, die Forderung von ihm beizutreiben, verbunden war, welcher Zeitpunkt möglicherweise der Anfang seiner Verwaltung seyn kann. Nicht grade, daß er alle seine Gläubiger zu befriedigen, sondern daß er diese Schuld zu tilgen, im Stande gewesen. Hartmann Pistor. drückt sich hierüber so aus: der Mündel müsse beweisen, daß der Schuldner annoch sicher (debitor idoneus) gewesen, auch daß die Forderung leicht (?) von ihm habe beigetrieben werden können — und daß die Beitreibung durch einen solchen Grad von Schuld, als wofür ein Vormund haftet, unterlassen sey [13]). Eben so fand Leyser, daß ein Vormund frei zu sprechen sey, welcher den Schuldner zu belangen unterlassen hatte, weil er vorhersahe, wie das Vermögen desselben zur Befriedigung seiner Gläubiger nicht hinlänglich seyn und die Klage keinen Erfolg haben werde [14]).

Nur bei Forderungen, die durch ihn und seinen Willen ursprünglich entstanden sind, kann der Vormund sich jener doppelten culpa — in contrahendo und dann in non exigendo — schuldig machen. Hatte aber der Vater des Mündels oder der Vorgänger des Vormundes, von dem nun grade die Rede ist, Geld verliehen oder war dieser Vater, dieser Vorgänger auf andere Art Gläubiger geworden, kurz existirt die Forderung schon zu der Zeit, da unser Vormund zur Verwaltung gelangt, dann freilich versteht es sich, für die Fehler und der Mangel des

---

13) Hartmann Pistor. Quaest. c. l. no. 4. et 5.

14) Leyser spec. 333. med. 10 S. auch Mev. P. 8. dec. 76. nota 3.

Digitized by Google

Mißtrauens der ebengenannten Personen ist er nicht verantwortlich; ihre culpa in contrahendo nomine kömmt nicht auf seine Rechnung [15]). Dagegen ist es culpa in non exigendo, deren er sich in Ansehung solcher Forderungen allein nur schuldig machen kann [16]). Bei Forderungen, die ursprünglich nicht von ihm herrühren, ist er auch nur für culpa lata (in non exigendo) verantwortlich [17]), während er bei Forderung, die durch ihn selbst und seinen Willen entstanden sind, für culpa levis haftet, sowohl, was die *culpa in contrahendo nomine* betrifft, als die *culpa in non exigendo*.

Endlich versteht es sich von selbst, daß, gleich wie ein Vormund für dasjenige nicht verarantwortlich ist, was vor Anfang seiner Verwaltung geschehen oder unterblieben ist, er auch für Verlust, der erst nach dem Ende derselben sich zuträgt, (insofern er nicht etwa den Grund dazu gelegt hat) nicht haste. Er ist daher nicht verantwortlich, wenn erst nach dem Ende der Verwaltung der Schuldner unsicher wird, selbst dann nicht, wenn er auch aus Irrthum die Verwaltung fortgesetzt haben und der Schuldner während dieser über die gesetzliche Dauer der Vor-

---

15) *L. 35. D. de adm. et per. tut.* Tutor sive curator nominat quae juste putat non esse idonea, a priore tutore vel curatore suscipere quidem cogitur, non tamen exactionem periculo suo facere.

16) L. 15. D. de adm. et per. tut.

17) *L. 2. 6. arbitrium tutelae.* Nomina paternorum debitorum si idonea fuerint initio susceptae tutelae, et per latam culpam tutoris minus idonea tempore tutelae esse coeperunt. Judex, qui super ea re datus fuerit, dispiciet: et si palam dolo tutoris, vel manifesta negligentia cessatum est, tutelae judicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse, statuere curabit.

Digitized by Google

mundschaft fortgesetzten Verwaltung aufgehört haben sollte, idoneus zu seyn [18]).

XXI.

Kann auch der socius unius rei nur in id, quod facere potest, verurtheilt werden?

Von

Dr. Eduard Gans, aus Berlin.

Schon zur Zeit der classischen Juristen galt in der römischen Praxis allgemein der Satz: „daß es gewissen besonders ausgezeichneten Personen, wenn sie belangt würden, gestattet seyn solle, sich das Nöthigste zu ihrem Lebensunterhalte abzuziehen, d. h. nur so viel zu bezahlen, als füglich, ohne selbst in Verlegenheit zu gerathen, geschehen konnte (quantum facere potuerunt), oder, wie es die Neueren unrömisch und unschicklich zugleich nennen, sie hatten das beneficium competentiae. Geht man die Anzahl der dazu berechtigten durch, so sieht man bald, daß eine milde Praxis den ganzen Rechtssatz auf die beiden Grundverhältnisse der Liebe und Achtung erbaute. Allen, die nur irgend darauf Anspruch machen können, Pa-

---

48) *L. 39. pr. D. de adm. et per. tut.* Tutores, qui post finem tutelae per errorem officii durantes rerum, administrationem retinuerunt: nominum paternorum periculum, quae post pubertatem adolescentis idonea fuerunt, praestare cogendi non erunt, cum actionem inferre non potuerunt. *L. 43. pr. D. eod.* Cum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur.

Digitized by Google

tronenn, Verwandte, Schenkern u. ſ. w. wurde zugleich dieſe Rechtswohlthat eingeräumt. Und ſo erhielt ſie denn auch der socius', weil dem Römer die Societät als eine Art von Verbrüderung erſchien. Ob aber dieſes beneficium bloß dem socio *omnium* bonorum, oder auch dem socio *unius* rei zuſtehen ſolle, darüber ſcheinen ſich die Geſetze zu widerſprechen.

Ulpianus libro 31. ad Edictum. L. 63. pr. D. pro socio (17. 2).

Verum est, quod Sabino videtur etiam si non universorum socii sint, sed unius rei, attamen in id, quod facere possunt, quodve dolo malo fecerint, quo minus possint condemnare oportere: hoc enim summam rationem habet, cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat.

Ulpianus l. 63. ad Edictum. L. 16. D. de re judicata (42. 1).

Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno. Et quidem sunt hi fere qui pro socio conveniuntur. Socium autem omnium bonorum accipiendum est. Item parens.

Geht man bei dem beneficio competentiae überhaupt von dem oben angegebenen Geſichtspunkt der Liebe und Achtung aus, ſo wird der civiliſtiſche Verſtand es allein dem socio *omnium* bonorum zuſprechen können: denn nur wer mit uns theilt, was wir haben, was wir ferner erlangen oder verlieren können, ſteht mit uns in einer engen perſönlichen und brüderlichen Gemeinſchaft. Dies mag auch manche unſerer größten Civiliſten bewogen haben, mit Hintanſetzung des erſten vollkommen deutlichen Fragments, dem zweiten, in Hinſicht auf den Ausdruck faſt unverſtändlichen, den Vorzug einzuräumen [1]). Die genaue Faſſung der Worte der l. 63. cit. aber ſcheint, was das practiſche Reſultat betrifft, keine Zweifel übrig laſſen zu wollen: Ulpian billigt hier vollkommen und mit großer Weit-

1) Cujacius in Julio Paulo lib. 32. ad Edictum ad leg. 67. D. ht. Thibaut Syſtem des Pandectenrechts. §. 107. §. 882.

Digitized by Google

läufigkeit die Meinung des Sabinus, der auch dem socio unius rei das beneficium ertheilt, so daß es scheint, als sey es dem Römer, wie so oft, nicht auf die Wirkungen der Societät, sondern auf das Bestehen und den Namen derselben angekommen. Dagegen kann aber l. 16. de re jud. nicht füglich aufkommen, weil die Sprache dieses Gesetzes weit gedrängter, der Sinn aber nicht klar und deutlich ausgesprochen ist. Es kann also überhaupt hier nur davon die Rede seyn, wie, abgesehen von dem practischen Resultat, beide Gesetze den Worten nach in Uebereinstimmung zu bringen wären [2]).

Viele Vereinigungsversuche sind von jeher sowohl durch Critik als durch Interpretation angestellt worden. Die Freunde grammatischer Verbesserungen haben es auch hier nicht fehlen lassen, sowohl die wortschaffende als die ausmerzende Critik nach besten Kräften in Bewegung zu setzen.

Während Noodt [3]) mit der Glosse ein kleines maxime in l. 63. pro socio ganz unvermerkt hineinschiebt, liest Freher [4]) in l. 16. cit. statt socium autem omnium, socium etiam non omnium, und Cannegieter [5]) statt omnium bonorum omnem bonorum, wodurch nun das unrömische omnem bonorum socium herauskömmt, welches so viel heißen soll, als jeder socius, sey er solches ratione omnium bonorum oder unius rei. Wer an solcher Willkühr Geschmack findet, mag sich nach Belieben zu einer oder der anderen dieser Meinungen schlagen, oder, was wohl eben so leicht ist, eine neue aus eignen Mitteln hinzuthun.

Wie man aber ferner durch Interpretation zu helfen ge-

---

2) Auch §. 38. I. de action. und l. 22. §. 1. D. de re judicat. sprechen allgemein.

3) Noodt Comm. ad Dig. p. 385.

4) Otto Thesaur. Tom. 1. p. 643.

5) Cbserv. jur. Rom. l. 3. cap. 14.

Digitized by Google

sucht hat, dies alles findet sich bei Glück [6]) umständlich gesammelt. Während derselbe indessen mit Recht die Meinung vieler verwirft, die so unterscheiden zu müssen glauben, „dem socio omnium bonorum stehe die Wohlthat der Competenz immer zu, dem socio unius rei aber nur, wenn er pro socio belangt wird," welchem schon das entgegensteht, daß die Gesetze ja überhaupt nur das Gesellschaftsverhältniß zur Bedingung der ganzen Rechtswohlthat gemacht haben, meint er hingegen wieder mit Anderen eben so irrig, „die l. 16. cit. sey aus der l. 63. cit. zu ergänzen." Dies läßt sich aber eben so gut bei einer jeden Antinomie in unserem Corpus juris behaupten, und hier grade um so weniger, da beide Stellen von Ulpian und beide aus dem Werke über das Edict hergenommen sind, die zu ergänzende aber grade die spätere ist, indem dieselbe aus dem 63. Buche ad edictum, die l. 63. cit. aber aus dem 31. Buche entlehnt wurde. Was dafür angeführt wird, „der Prätor habe nur dem socio omnium bonorum das beneficium ertheilt, Ulpian aber habe nach Sabinus dasselbe erweitert, das eine enthalte l. 16. cit. die Ausdehnung aber l. 63. cit.," ist vollkommen unerweislich, die Vorstellung aber überhaupt irrig, daß Ulpians und Paulus Werke mehr eine Erklärung des Edicts, als vielmehr eine Darstellung der römischen Praxis nach Ordnung des Edicts enthalten hätten.

Des wunderlichen Unverstandes wegen mag hier noch eine Meinung von Vacius [7]) stehen. „Hoc beneficium simpliciter et absolute competit ei soli, qui socius est omnium bonorum: ei vero qui socius est unius rei *in ea tantum re conceditur in qua est socius.*" Das heißt mit andern Worten: „arm seyn ist kein persönliches, sondern ein dingliches Verhältniß," oder auch: „man kann sehr reich seyn, und doch einen Abzug an einer einzelnen Sache begehren, weil man nicht zu leben hat."

---

6) Glück 17. Bd. §. 967. p. 430.

7) Enantiophanon cent. 4. qu. 100.

Digitized by Google

Die Erklärung, die hier versucht wird, ist an sich selbst höchst unvollkommen. Vielleicht nutzt sie aber in so fern, als sie Andere auf eine bessere und gründlichere führt.

Ich meine nämlich, die Worte der beiden Fragmente sind nicht allein nicht widersprechend, sondern in beiden herrscht ein und derselbe Gedankengang. Aus den Worten Ulpians in l. 63. cit. nämlich scheint deutlich hervorzugehen, daß es schon lange ein in der Praxis unbestrittener Rechtssatz gewesen war, „der socius omnium bonorum könne nur in id quod facere potest belangt werden.“ Die Erweiterung des Sabinus aber (etiam si non universorum bonorum socii sint) war unbekannt, noch nicht eingeführt, und diese wollte Ulpian geltend gemacht wissen, indem er hinzufügte: die fraternitas liege nicht sowohl im Begriff einer Vereinigung des ganzen Vermögens, als vielmehr im Begriff der Societät.

Geht man nun, diesen Gedankengang festhaltend, zur Betrachtung der l. 16. cit. über, so kann man denselben hierin, wenn man will, wiederum vorfinden. Ulpian erzählt hier, daß es Manche gäbe, denen das beneficium competentiae zustehe, und theilt die dazu Berechtigten in zwei große Classen, den socius und den parens. Bei dem socius erinnert er sich aber, daß es bisher üblich gewesen sey, nur dem socio omnium bonorum dies beneficium zu ertheilen, und um seine Meinung wiederum geltend zu machen, setzt er ad vocem socius hinzu: „jeder socius sey aber hierin wie ein socius omnium bonorum zu betrachten;“ und dies sollen nun die Worte andeuten: socium autem omnium bonorum accipiendum est. Ich gestehe, daß die Worte alsdann ein wenig unrömisch und unverständlich gesetzt sind; aber dieser Vorwurf trifft die Worte in gleichem Maaße, wenn man eine Antinomie annehmen will; und hat Ulpian in jedem Falle undeutlich geschrieben, so mag er nicht noch dazu inconsequent gewesen seyn.

XXII.

Auch einige Worte über fr. 63. D. 17. 2. und fr. 16. D. 42. 1., von dem legislativen und practischen Gesichtspunkt aus.

Von Gensler.

Lasse man doch dem besonnenen Ulpian die Ehre, daß er ad lib. 63. Ed. die früher ad lib. 31. Ed. aus einem übertriebenen Billigkeitsgrund angenommene, einer guten Gesetzgebung wohl nicht entsprechende, Meinung des Sabinus in der Folge verlassen und seine Selbstberichtigung in der griechisch-zierlichen Verbindung des Accusativs mit dem Gerundium kürzlich aussprechen wollen, oder, will man gewaltsam zu Werke gehen, so beseitige man die mit Ulpians Worten: socium autem omnium bonorum accipiendum est, übervoll sich zeigende Harmonie der Basiliken auch noch durch die muthwillige Behauptung: „wahrscheinlich hätten auch die erst einige Jahrhunderte nach Justinians Gesetzgebung zum Werk schreitenden Verfasser der Basiliken durch unkundige Abschreiber schon verdorbene Manuscripte in die Hände bekommen, oder gar selbst falsch gelesen, indem jene Stelle ursprünglich in den Worten bestanden habe: socium autem omnium bonorum accipi certum est, d. h. wenigstens von diesem socius ist es unbestritten.“

Einer doctrinellen Praxis und einer neuen Gesetzgebung aber wird Ulpians Rückschritt besser behagen, als irgend ein

Streben, des Sabinus Meinung durch Ulpian aufrecht zu erhalten.

Wohl läßt sich für die Sabinische Ansicht einiges sagen.

Es kann 1) der socius auf das sogenannte beneficium competentiae nur dann und nur insoweit sich berufen; a) wann und insoweit er mit der actio *pro socio* belangt [1], und b) die Klage auf einen dolum des Beklagten nicht mitgegründet wurde [2], er auch c) gleich anfänglich seine Qualität als

---

1) L. 16. D. 47. 1. ibi verba: „*pro socio* conveniuntur," §. 38. Inst. 4. 6. si *socius cum socio judicio societatis* agat. Stärker und deutlicher läßt sich diese Beschränkung in kurzer Gesetzsprache kaum bezeichnen. Allein obige Streitfrage wird dadurch nicht entschieden. Jene Beschränkung aber ist so weise, als consequent, weil ohne sie das beneficium deductionis des socii auch über das Verhältniß der Societät hinaus ungerecht wirken würde. Ganz anders ist das Verhältniß zu den Aeltern, dem Patron u. s. w. Auch in Ansehung der Eheleute fanden sich Zweifel der Ausdehnung, sie wurde jedoch von der Gesetzgebung zu derselben Gunsten beseitigt. L. 20. D. 42. 1.

2) Schon nach der allgemeinen Rechtsregel: dolosis jura non succurrunt, aber auch nach speciellen Gesetzen. L. 22. §. 1. Dig. 42. 1. mit L. 63. §. 7. D. 17. 2. Es gedenken die Gesetze in diesem Gebiet nur des doli, auch mit dem ausdrücklichen Zusatz mali, conf. L. 63. §. 7. all. L. 22. §. 1. D. 42. 1. mit L. un. §. 7. Cod. 5. 13. Bezweifeln läßt sich aber nicht, daß die culpa lata, Unbesonnenheit, Liederlichkeit u. dgl. darunter mitbegriffen sey, im Gefolge der allgemeinen Regel L. 226. D. 50. 16. u. a. O. Eine Verletzung der von dem socius zu prästirenden culpa in specie hingegen soll in diesem Alimentengebiet noch nicht dem dolus gleich geachtet werden, L. 63. §. 7. D. 17. 2. Dieses enthält allerdings eine, nur aus der Gunst der Alimente erklärbare, Ausnahme von der allgemeinen Regel. M. Beitrag zu der Lehre von der Diligenz und Culpa, Heidelberg 1819. pag. 11. f. not. 6. u. pag. 29.

socius eingeräumt hat [3]), Auch muß man wohl hinzusetzen, d) wann nicht der klagende socius, würde solcher nicht ganz befriediget, selbst den Dürftigen beizuzählen wäre [4]). Es gehört also ad a. eine bloße communio, oder, nach Ulpian, cum non affectione societatis incidimus in communionem, gar nicht hierher [5]), und selbst der wirkliche socius kann jene Rechtswohlthat in Ansehung derjenigen Objecte nicht in Anspruch nehmen, welche der klagende socius mittelst des jud. *communi dividundo* verfolgt [6]).

Wenn man nun 2) bedenkt, daß a) der Beklagte erst alles wirklich vorhandene gesellschaftliche Gemeingut theilen muß, ohne hierbei auf ein priv. deductionis Anspruch machen zu können, reichte auch der ihm verbleibende Theil zu seiner natürlichen Alimention nicht hin [7]), sodann b) daß bei deren Berechnung nicht einmal

---

3) L. 67. §. 3. D. 17. 2. L. 22. §. 1. D. 42. 1. Es wird hier ein vorsätzliches chicanöses Leugnen vorausgesetzt, so daß der Verlust der benef. competentiae als poena inficiationis eintritt. Conf. L. 10. §. 1. D. 46. 1.

4) Denn dann kommt die Regel zur Anwendung, privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur privilegio.

5) L. 31. D. 17. 2. mit L. 2. pr. in fine D. 10. 3.

6) Dieses ist rechtsmöglich L. 38. §. 1. L. 43. D. 17. 2. eben so wie unter Miterben L. 44. D. 10. 3.

7) Im Gefolge der Gesetze Note 1. Daß das sogenannte benef. competentiae oder privilegium deductionis nur das zum Gegenstand habe, was zur unentbehrlichsten Lebensnothdurft erforderlich ist, ergiebt sich deutlich aus den Gesetzen. L. 6. D. 42. 3. non fraudandus est alimentis *quotidianis*. L. 173. D. 50. 17. ne *egeat*. L. 30. D. 42. 1. *aliquid sufficiens* relinquendum est. L. 30. D. 42. 1. Der Schenkgeber hat übrigens auf größere Gunst Anspruch, als Andere. L. 49. in f. L. 50. D. 42. 1.

Digitized by Google

seine mit einem Dritten contrahirten Passivschulden in Anschlag kommen [8]), insoweit er sie nicht qua socius des Klägers ohne dolus und grobe Schuld contrahirt hat [9]), und c) daß, wenn der socius unius rei außer dem Gesellschaftsgut zu seinem nothdürftigen Lebensunterhalt hinreichendes ihm eigenes Vermögen besitzt, obige Rechtswohlthat schon deshalb unanwendbar ist [10]), so wird

3) für den ausgedehnten Gesichtskreis des Sabinus der Regel nach nur der Fall übrig bleiben, in welchem auf Seiten des Beklagten das Societätswesen zugleich desselben ganzes Vermögen ergreift.

Man denke sich zwei Kaufleute, A und B in Compagnie [11]), von welchen jedoch jeder sein geschiedenes Hauswesen und Nebeneigenthum hat, und daß nun A die Gesellschaft auflöst. Mit dem judicio communi dividundo kann er zunächst die Theilung aller vorhandenen Waaren, aller Activaußenstände u. s. w. verlangen, und dabei wird der B damit sich nicht schützen können, daß die ihm bleibende Hälfte zur Bestreitung seiner natürlichen Alimente nicht ausreiche. Hat nun der A noch andere und zwar solche Ansprüche an den B, welche ein Object der actio *pro socio* sind, und es reichte zu deren Erledigung weder die dem B zufallende Hälfte des Societätsvermögens hin, noch das übrige Vermögen seines ausschließlichen Hauswesens, ohne ihm, dem B, auch die Mittel der täglichen Lebensnothdurft zu entziehen, so entstehet erst die Frage: ob dieser B nur in id verurtheilt werden kann, quod facere potest? Sabinus war der Meinung, nur inso-

---

8) L. 16. D. 42. 1.

9) L. 63. §. 3. D. 17. 2. mit den Gesetzen Note 2.

10) Denn dann fehlt das factische Verhältniß, für welches das benef. competentiae vom Gesetz gegeben wurde.

11) Societas certae seu unius rei.

Digitized by Google

weit könne B verurtheilt werden [12]), und Ulpian ad Ed. lib. 33. stimmt ihm bei, weil auch hier gewissermaßen eine Fraternität vorhanden gewesen sey.

In einzelnen Fällen kann dieses wahr, und dem feinen Gefühl widerlich seyn, den zeitherigen Genossen, welchem man ein besonderes Zutrauen schenkte, und Betrug oder Liederlichkeit nicht vorgeworfen hat, gleichsam zum Bettler zu machen. Allein als allgemeine Regel wird es doch zu weit führen und die anscheinende Billigkeit als Ungerechtigkeit darstellen. Man sehe hin auf die mancherlei Particularsocietäten, welche in dem gemeinen Leben, im Handel und Wandel, vorkommen, und denke sich in deren Gebiet das beneficium competentiae! Vielleicht also, daß der practische Ulpian, als er ad lib. 33. Ed. ommentirte, wie Sabinus specielle Beispiele vor Augen hatte, in der Folge aber das allgemeine seinem Blick vorschwebte, und er nunmehr der gemeinen Meinung beitrat: „nur der socius *omnium* bonorum habe das privilegium deductionis.“

Das Ganze trübt sich aber auch dadurch, wenn man

4) die Allgemeinheit der gesetzlichen Sprache in das Auge faßt. Es mag Zufall seyn, wenn Ulpian in leg. 16. all.

---

12) Hier käme nun zur Anwendung 1) die Societätsschulden sind abzuziehen, d. h. voran muß dem B so viel bleiben, daß er bezahlen kann, was er *nomine societatis* an Dritte schuldet. Es versteht sich von selbst, daß sein klagender socius Sicherheit jener Verwendung fordern kann. 2) Nach Abzug jener Schulden muß dem verurtheilten socius so viel gelassen werden, ne egeat. Dahingegen bleibt 3) ganz außer Betracht und Ansatz, was er etwan für sich selbst, als Nichtsocius schuldet, sey es an dritte Personen, oder an den Kläger selbst — diesen als Nichtsocius betrachtet. Auch bedingt 4) der Kläger das Recht von dem zur Zahlfähigkeit wieder gelangenden privilegirten verurtheilten die Nachzahlung und deshalb von demselben wörtliche Zusicherung zu verlangen. L. 63. D. 17. 2. L. 47. §. 2. D. 15. 1. L. un. §. 7. Cod. 5. 13.

Digitized by Google

ſpricht: *qui* pro socio *conveniuntur*, ſodann aber auf die einzelne Zahl, *socium* autem rel. herabfällt. Auch iſt auf des Pomponius Worte: quod autem de *sociis* dictum est, ut et hi rel. [13]) ein beſonderes Gewicht deshalb nicht zu legen, weil das referens ohne dos relatum dunkel bleibt, und in dieſem möglicher Weiſe auch blos von den sociis *omnium* bonorum die Rede geweſen ſeyn kann. Daß auch Juſtinian ſo allgemein hin ſpricht: item *si socius* rel., ohne alle Spur einer Sonderung der socii certae rei von dem socio omnium bonorum, läßt ſich nur durch Bezug auf die Unvollkommenheit und bezweckte Kürze jener Grundlinien ſchwankend beſeitigen, ſo daß wir uns endlich zum Unwillen gegen Juſtinian und deſſen Geſetzcommiſſion aufgeregt finden, welche die bedeutende Discrepanz mit zwei Wörtchen aufheben können. Doch die Geſetzgeber Teutſchlands haben ſich auf eine noch mehr läſtige Weiſe benommen. Jahrhunderte hindurch ſahen ſie Proceſſe verſchleift und verewiget, deren Urſprung und Dauer nur in den Controverſen und in der Dunkelheit der Hülfsrechte Veranlaſſung und Grund fand. — Jahrhunderte hindurch ließ man geſchehen, daß Doctrin und Praxis Verwirrung und Finſterniß verbreitete. Statt mit wenigen Worten hundert künftige Proceſſe zu verhüten, oder zu kürzen, gab man, ſo gelegentlich, ellenlange einzelne Geſetze, deren Sinn und Inhalt in einigen Zeilen ſich weit deutlicher ausſprechen laſſen. Und wir ſind an der Gränze des vornehmen Rechtselendes noch nicht angelangt! Dieſes iſt — ſo glaubt man — ein weſentlicher Beſtandtheil unſerer höhern Cultur.

---

13) L. 22. §. 1. D. 42. 1.

14) §. 38. Inst. 4. 6.

Digitized by Google

XXIII.

Zu der L. 34. §. 1. und 2: ff. de obligat. et act. 44. 7.

Von dem
Obertribunalrath H. J. Klüpfel zu Stuttgart.

Das überschriebene Gesetz, ein bedeutendes Fragment von Paulus, aus seinem Buche de concurrentibus actionibus, zeigt uns zwei einander ganz entgegengesetzte Lesearten. In dem §. 1. sagt der florentinische Text:

„Si is, cui rem commodavero, eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione: sed altera actio alteram perimit aut ipso jure aut per exceptionem, quod est tutius. Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condictione furti, quin etiam ex locato, et poena quidem furti non confunditur, illae autem in se miscentur. Et hoc in lege aquilia dicitur, si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis, utraeque enim actiones rei persecutionem continent, et quidem post legis aquiliae actionem utique commodati finietur: post commodati an aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: *Sed verius est remanere*, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.“

Nach dem Zeugnisse des Accursius hingegen sprechen manche der zu seiner Zeit im Umlaufe befindlichen Handschriften den Schlußsatz dahin aus:

Digitized by Google

„Sed verius est, *non remanere*, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.“ [1]).

Längst erklärten sich Averanius [2]), Cujacius [3]), Fineſtres [4]), Merillius [5]) — von neuern Thibaut [6]), Glück [7]), die beiden erſten jedoch nur ſehr ſchüchtern, für die florentiniſche Lesart. Alle aber ließen bis jetzt ganz unbemerkt, daß auch die Baſiliken jener Lesart zur Seite ſtehen. Die Stelle findet ſich in des Reiz Supplementen zur Fabrotſchen Sammlung der Baſiliken — nämlich L. 52. T. de obligat. et act. pag. 100. und 101.

L. 34. — §. 1. „Si tibi rem commodavero, tuque eam subripias et condictione teneris et actione de commodatis atque altera harum alteram perimit. §. 2. Sed et si colonus quid subripuerit ex agro, tenetur et condictione et de locato actione, et hae inter se perimuntur. Competit autem et furti actio in duplum, neque per illas tollitur. Sed et si vestes tibi commodavero, tuque eas corruperis, competit et de commodatis actio et ea, quae ex confessione quidem simplum, ex inficiatione autem duplum petit. Atque hac quidem instituta tollitur actio, quae de commodatis movetur: illa autem instituta, *in amplius salva est actio*, quae ex confessione quidem simplum, at ex inficiatione duplum petit.“

Wie ſollten uns nun die Schlußworte unſerer Juſtinianſchen Lex: „quia simplo accedit et simplo subducto *locum non habet*,“ noch in die Verlegenheit ſetzen, aus der ſich

---

1) So die Randgloſſe im C. J. v. Charondas p. 668. ferner das gloſſirte C. I. apud Hugonem a Porta. 1551. ad d. L. 34.

2) Interpret. I. L. 3. C. 14. und 15.

3) Observat. L. 3. Obs. 25.

4) In Hermogeniani Icti I. epitom. L. 6. commentario ad L. 32. d. obl. et act. pag. 603. etc.

5) Obs. L. 4. Obs. 38. p. 150.

6) In der neunten ſeiner civiliſtiſchen Abhandl. Heidelberg 1814. S. 190.

7) Pand. Comm. 2. B. 13. T. §. 284. S. 24—26.

Digitized by Google

Cujacius [8]) nur durch eine sehr gewagte Emendation, nämlich durch Delirung des Wörtchens „non“ ziehen zu können glaubte. Sehr richtig paraphrasirte sie schon Merillius [9]) und mit ihm Hermann a Vianen [10]) dahin: „Etenim id vult Paulus, post commodati actionem remanere actionem legis aquiliae, quia simplo accedit, id est ultra simplum est, et simplo deducto locum non habet, id est in eo simplo, quod per actionem commodati subductum seu deductum est, locum non habet.“

Und so wäre also Paulus dem Grundsatze, zu dem er selbst auch nach der L. 41. ff. de obl. et act. Ulpian aber nach der L. 7. §. 1. ff. commod. sich ganz unzweideutig bekannte, vollkommen getreu geblieben!

---

8) am angef. O.

9) am angef. O.

10) Disp. de concursu actionum §. 6. in Oelrichs thes. nov. Diss. V. I. p. 258. „Verba istius textus reste possunt accipi de casu, quo actio legis aquiliae locum non habet *in simplo* per commodati actionem *jam olim* subducto.“ Eben so auch Finestres a. a. O. pag. 617.

11) Dieses Fragment lautet nach den Reizschen Supplementen zu den Basiliken a. a. O. also: „quoties lex obligationem inducit, nisi nominatim dixerit, hac sola actione utendum esse, instituuntur etiam, quae ante legem de ea re competebant actiones. §. 1. Quando ex una causa duae competunt actiones mota una, altera in amplius salva est.“

Digitized by Google

XXIV.

Betrachtungen über gemischte Interventionen.

Von Mittermaier.

§. 1.

In den Schriften der Proceßlehrer findet sich vorzüglich seit Claproth [1]) eine Abtheilung der Intervention in drei Arten, Haupt- Neben- und gemischte Intervention. In Bezug auf die letzte schwankten jedoch die Ansichten eben so sehr über den Begriff, als das Verfahren bei derselben, daher Grolman [2]) wohl Recht hatte, wenn er bemerkte, daß diese Lehre noch eine genauere Revision bedürfe. Am eifrigsten wurde die Existenz der gemischten Intervention in neuerer Zeit von Gönner [3]) vertheidiget und selbst bei Abfassung eines Entwurfes [4]) von ihm legislativ gerechtfertigt, während

---

Claproth de intervent. cap. III. §. 34. Claproth bürgerl. Proceß. 2. Thl. §. 460. Danz Grundsätze des ordentl. Proc. §. 493. Grolman Theor. des gerichtl. Verfahrens. S. 307. Glücks Comment. d. Pand. VI. Thl. §. 531. Martin Lehrb. §. 292.

2) Grolman l. c. not. a.

3) Gönners Handbuch des bürgerl. Proc. I. Bd. nr. 18. §. 9.

4) Gönner Entw. eines Gesetzb. über das gerichtl. Verf. 1. Buch Cap. 3. §. 10.

Eyplen [5]), unterstützt von der Autorität früherer Rechtslehrer [6]), zu beweisen suchte, daß es nur eine Haupt- und eine Nebenintervention, aber keine gemischte gebe, wogegen Martin [7]) berichtigende Bemerkungen gemacht hat. In die Particulargesetzbücher [8]) ist die gemischte Intervention eben so wenig als in einige neuere Entwürfe [9]) übergegangen. Es dürfte nicht überflüssig seyn, einige Bemerkungen über diese bestrittene Lehre vorzutragen, vorerst auf die Fehler in der Behandlung, und dann auf einige Rechtsfälle aufmerksam zu machen, welche zur Erläuterung des Gegenstandes dienen können.

§. 2.

Betrachtet man die verschiedenen Ansichten über gemischte Intervention, so zeigen sich bald einige Fehler, deren Begehung die Wahrheit hindernd nachtheilig wirkte. A) Fehlerhaft waren häufig schon die Begriffe, welche man von der gemischten Intervention angab. Nach den älteren Rechtslehrern [10]) ist sie vorhanden, wenn die Intervention sowohl auf eigene Befugniß als auf Vertretung gerichtet ist; welchen Begriff auch

---

5) Eyplen in Martins Magazin für d. bürgerl. Proceß. 1. Bd. 2. Heft nr. IV.

6) Hellfeld jurisprud. for. §. 531. Brunnemann de processu fori. cap. 13. nr. 15. Berger oecon. jur. lib. IV. tit. 27. Cramer observ. jur. t. I. obs. 265.

7) Martin im Magazin f. d. bürgerl. Proc. S. 148.

8) Z. B. Cod. judic. bavar. cap. VIII. §. 4. Preuß. Gerichtsordnung XVIII. Titel.

9) Globig System der Gesetzgebung für das gerichtl. Verfahren. S. 346. Engelhard Entwurf einer verbesserten Gesetzgebung. Satz 274—79. Engelhard nennt das, was man sonst Principalintervention nennt, Zwischenklage.

10) s. z. B. Claproth ordentl. Proc. §. 445. s. auch Glück Comm. S. 475.

Epplen [11]) zum Grunde legte, um darnach die gemischte Intervention zu bestreiten. Viel näher der Wahrheit kömmt Grolman's [12]) Bezeichnung, wenn er die interventio annimmt, so oft das Recht eines Dritten für diesen eine Gemeinschaftlichkeit des Endzwecks mit der einen Partei und dadurch eine Befugniß zur Streitgenossenschaft begründet, wenn die Gemeinschaftlichkeit des Endzwecks durch ein zu verfolgendes eigenthümliches und von dem der Parteien unabhängiges Recht erzeugt wurde, und Gönner [13]) beschreibt sie, daß bei ihr der Intervenient theils für sein eigenes von den Rechten beider Theile unabhängiges Recht, theils für die Befugnisse einer Partei, welche mit seinem selbstständigen Rechte im Zwecke identisch ist, streitet.

B) Ein anderer Fehler mag es gewesen seyn, daß man immer nur wenige Beispiele der gemischten Intervention anführte, so daß man sich nicht hinreichend die Lehre verdeutlichen konnte, und daß man sogar unrichtige Beispiele angab. Die Beispiele beschränken sich 1) auf den von Claproth und Gönner angeführten Fall, wenn ein Lehnsmann in einem Vindicationsstreite mit dem Besitzer eines Grundstücks ist, und der Lehensherr intervenirt, theils um sein Obereigenthum geltend zu machen, theils um dem Lehensmann beizustehen, 2) auf den gleichfalls von beiden genannten Juristen angeführten Rechtsfall, wenn der Legatar bei der Erbschaftsklage, um das Testament aufrecht zu erhalten und damit keine Collusion entstehe, oder bei der Vindicationsklage in Rücksicht auf die legirte streitige Sache interveniren, theils ihres eigenen Interesses wegen, theils um dem Vindicirenden beizustehen. 3) Auf den von Gönner [14]) erzählten Fall, wenn ein mittelbarer Unterthan,

---

11) Epplen im Magaz. S. 134.

12) Grolman Theor. d. ger. Verf. S. 79.

13) Gönner l. c. S. 366.

14) Gönners Rechtsfälle und Ausarbeitungen. 1. Thl. nr. II. S. 91.

Digitized by Google

mit Uebergehung der Territorialinstanz, ohne hinreichenden Grund in das höchste Reichsgericht gezogen wurde; in allen diesen Fällen aber ist, wie schon Epplen [15]) gezeigt hat, bloße accessorische Intervention begründet, und so konnten die Beispiele nur den Gegnern der gemischten Intervention dienen.

C) Ein Fehler war es, wenn man in den Begriff der Principalintervention das unrichtige Merkmal trug; nämlich daß sie gegen beide streitende Theile gerichtet seyn müsse [16]), indem sich sehr gut Fälle einer Principalintervention denken lassen, welche nur gegen einen der ursprüglich streitenden Theile gerichtet ist [17]), während durch die eben gerügte Ansicht die Unzulässigkeit einer gemischten Intervention sich von selbst ergäbe.

D) Fehler war es endlich, wenn man bei der gemischten Intervention ein gemischtes, d. h. aus dem bei der Principalintervention vorkommenden, und dem der accessorischen eigenthümlichen Verhandlungsart gemischtes Verfahren sich dachte, so wie es aber auch eine zu allgemeine und nicht unbedingt wahre Regel war: daß man die gemischte Intervention nach den Regeln der Hauptintervention beurtheilen müsse, weil diese die beträchtlichste sey [18]).

§. 3.

Am meisten scheint das Dunkel dadurch erhellt werden zu können, wenn man einige sichere, zur gemischten Intervention

---

15) Epplen im Magazin S. 137—39.

16) Dies verlangt Gönner im Handb. 1. Thl. S. 373.

17) S. den v. Martin im Magazin S. 150. not. angeführten Fall, wenn A dem B die erste und dem C die zweite Hypothek an derselben Sache bestellte, C dann den Schuldner actione hypothecaria in Anspruch und nun B als Intervenient in der Executionsinstanz seine ältere Hypothek nur so weit geltend machen will, daß C diese Sache nicht in Besitz bekomme.

18) Claproth Einl. in d. ordentl. Proc. §. 460. Glück Comment. VI. Thl. S. 480.

Digitized by Google

gehörige, Fälle näher prüft. Dem Verfasser sind zwei solche besonders wichtige Rechtsfälle bekannt. — Zur Grundherrschaft A stand der Bauernhof des B als erbrechtsbar im grundherrlichen Nexus. Zu diesem Bauernhofe gehörte seit undenklichen Zeiten eine beträchtliche Waldung, die auf einer Seite an die Waldung des C und auf der andern an den Forst des D, der zwei Nachbarn des B, gränzte. Von 1804 an brach zwischen B C D über die Gränze der Waldung Streit aus. Die Besitzer der Höfe, erst kurz auf das Gut gezogen, konnten die Gränzen nicht ausmitteln, und B schloß *außergerichtlich, und ohne seiner Gutsherrschaft eine Anzeige vom Vergleiche zu machen*, mit C und D einen Vergleich ab, wodurch er einen beträchtlichen Theil seiner Waldung aufgab. Erst 1814 erfuhr B, daß er durch den Vergleich sehr beschädigt worden, es fanden sich die 1804 unbekannt gebliebenen, völlig entscheidenden, Grenzbeschreibungen, und es ergab sich, daß B 15 Morgen Waldung, die zu seinem Hofe gehörten, dem C und D durch Vergleich aus Irrthum abgetreten habe; er begann nun einen Proceß mit C und D; zeigte aber noch immer seiner Gutsherrschaft nichts von dem Vorfalle an. Erst 1816 erfuhr die Grundherrschaft durch einen Zufall den anhängigen Proceß, und intervenirte nun im Streite, indem sie sich auf die Nichtigkeit des Vergleiches, zu dessen Abschließung B ohne ausdrückliche Einwilligung der Grundherrschaft nicht berechtiget gewesen sey, berief, ihr Interesse daran, daß das grundbare Gut nicht vermindert werde, nachwies, und die Herausgabe der 15 Morgen Waldung forderte, und sich übrigens die Verfolgung des Rechts auf Strafe und Schadensersatz gegen den Grundholden, der ohne Consens einen Vergleich abzuschließen gewagt hatte, vorbehielt. Betrachtet man den Fall, so intervenirte 1) die Grundherrschaft aus einem selbstständigen, eine eigene Klage begründenden, Interesse, aus einem von dem Rechte des anderen Theils unabhängigen Rechte, da sie sich auf die Nichtigkeit des Vergleichs wegen mangelnden Consenses berufen konnte, während der Grundhold den Ver-

gleich aus dem Grunde neu aufgefundener Urkunden umzustoßen suchte. 2) Ihr Interesse aber vereinigte sie zufällig und dem Ausgange nach mit dem Grundholden; beide wünschten Umstoßung des Vergleichs, jeder aber aus einem andern Grunde; 3) die Gutsherrschaft konnte aber ihr Interesse wenigstens am Anfange nicht durch bloßes Anschließen an den Grundholden sichern, da Grundherr und Grundhold selbst im feindlichen Verhältnisse standen, und der Erste gegen den Letzteren selbst Forderungen wegen Verletzung der dem Grundholden obliegenden Pflicht zu machen hatte.

§. 4.

Noch merkwürdiger ist ein anderer Fall. — Im J. 1802 hatte Ferdinand Freiherr von R. seinem ältesten Sohne Karl Freiherrn von R. vermöge Urkunde vom 12. Mai 1802 sein Stamm- und Familienfideicommißgut M. abgetreten, wie die Urkunde sich ausdrückt, „mit allen Ein- und Zubehörungen, dergestalt mit dem nutzbaren Eigenthume und den anklebenden Rechten und Gerechtigkeiten zu seiner und seiner Familie standesmäßigen Sustentation cedirt, und abgetreten, daß er solches als wahrer und alleiniger Inhaber und Eigenthümer besitzen, verwalten, nützen solle, wie Eigenthum und Familienfideicommiß Rechtens ist, und wie zwischen mir und meinem Sohne mittelst sonderbarer Einverständniß verabredet worden.“

Karl Freiherr v. R. hatte bereits seit längerer Zeit eine große Schuldenlast contrahirt, und wurde besonders von einem Gläubiger K. — schwer bedrängt. Im Jahre 1808 wurden nun in dem Lande, in welchem die Familie R. lebte, durch ein allgemeines Gesetz alle Familienfideicommisse aufgelöst, und in Bezug auf die Person des zeitlichen Besitzers so verwandelt, daß derselbe über das Gut, wie über jedes andere Allodialgut, verfügen konnte.

Karl Freiherr v. R. benützte dies, und verhypothecirte dem Gläubiger K. für die Summe von 30000 fl. sein ehemaliges Fideicommiß, jetzt frei eigenthümliches Gut M., und verpflich-

Digitized by Google

tete sich zugleich, jährlich von der Schuld 4000 fl. zu tilgen. Da Karl Freiherr v. R. seiner Verpflichtung nicht nachkam, so stellte der Bürger K. Klage bei Gericht gegen ihn. Karl Freiherr v. R. berief sich darauf, daß er zur Ausstellung der Schuldurkunde und zur Verhypotheeirung des Gutes M. überlistet worden sey, und daß man einen Zustand von Geisteskrankheit bei ihm benutzt habe. Plötzlich trat der Vater des Karl Freiherrn v. R., der nämliche, welcher 1802 das Gut M. seinem Sohne abtrat, mit einer Intervention auf, erklärte, daß sein Sohn gar kein Recht gehabt habe, das Gut M. zu beschweren, oder darüber zu verfügen, daß er — Ferdinand — seinem Sohne durch die Urkunde von 1802 das Gut M. blos zu seiner und seiner Familie Sustentation abgetreten, daß er ihm also nur den Nießbrauch eingeräumt habe, daß daher durch das Staatsgesetz von 1808 der Sohn durch Auflösung des fideicommissarischen Nexus nicht das Eigenthum erworben, sondern daß nur zum Vortheile des Vaters, der immer wahrer Fideicommißeigenthümer geblieben sey, das Fideicommißgut in freies Eigenthum sich verwandelt habe. — Auch bei dieser Intervention war 1) die Dazwischenkunft des Vaters auf ein selbstständiges, vom Rechte des Sohnes unabhängiges, Recht gegründet, auch hier waren die Merkmale einer Principalintervention da; aber 2) sein Interesse war, dem beabsichtigten Ausgange nach, nämlich, um den Gläubiger K. abzutreiben, und die Schuldurkunde wirksam zu machen, mit dem Interesse des Sohnes ein gemeinschaftliches; aber 3) doch am Anfange nicht dadurch gesichertes, wenn der Vater blos dem Sohne beitreten wollte, da er eine eigene wohl begründete Klage gegen den Sohn in dem Falle hatte, sobald derselbe gegen den Vater behauptete, daß er zur Verfügung über das Gut M. berechtiget gewesen, daß der Vater daher keine Ansprüche an das Gut habe. Eine ursprünglich sogleich angebrachte accessorische Intervention würde sehr ungeeignet und widersprechend seyn.

Digitized by Google

§. 5.

Faßt man beide Rechtsfälle zusammen, und stellt man die Frage über das Daseyn einer gemischten Intervention gehörig auf, so kann nur auf dem von Martin [19]) richtig bezeichneten Wege die Frage die seyn: giebt es nicht einen Fall, in welchem ein Intervenient zugleich in einem Rechtsverhältnisse zu einem streitenden Theile steht, welches ihn berechtiget, principaliter zu interveniren, und eben so in einem andern Rechtsverhältnisse zu einem streitenden Theile, nach welchem er ein gemeinschaftliches Interesse am Ausgange des Rechtsstreites mit einem streitenden Theile hat, und unter einer gewissen Voraussetzung sein Interesse durch bloßes Anschließen an diesen streitenden Theil sicher stellen kann? So gestellt muß die Frage bejaht werden. Dies paßt aber nur in den Fällen, in welchen am Anfange vor dem Benehmen mit dem streitenden Theile der Intervenient noch nicht wissen kann, ob das Anschließen an den streitenden Theil ihn genugsam sichern, wo daher der Intervenient zuerst über sein Verhältniß zu diesem streitenden Theile im Reinen seyn muß, um darnach seine Maaßregeln treffen zu können. Man muß sich hier die Fälle denken, in welchen der Proceß zwischen den ursprünglich streitenden Parteien auf ein Rechtsverhältniß sich bezieht, welches eine dritte Person aus dem Grunde angreift, weil sie behauptet, daß der streitende Theil, der wegen des Rechtsverhältnisses belangt wird, mit ihr schon in einem früher begründeten Rechtsverhältnisse gestanden habe, dessen Daseyn die Entstehung des späteren Rechtsverhältnisses, worauf sich der Hauptproceß bezieht, hinderte, wie z. B. dies bei der Gutsherrschaft im ersten Beispiele §. 4. der Fall war, welche die gültige Entstehung des Vergleiches, auf welchen C und D sich gegen B beriefen, darum läugnete, weil B schon zuvor mit der Herrschaft in dem grundbaren Verhältnisse stand, dessen Existenz ihn hinderte, Vergleiche ohne Consens des Grundherrn abzuschließen. Ganz

19) Martin im Magazin S. 151.

so ist auch der zweite Fall beschaffen; der Vater des Karl Freiherrn v. R. bestritt die Gültigkeit der Schuld- und Verpfändungsurkunde, weil sein Sohn schon früher in einem Verhältnisse zu ihm stand, nach welchem er die Schuldurkunde nicht ausstellen konnte. In diesen Fällen befindet sich der dritte Intervenirende in einem Verhältnisse, woraus sich zwei Streitigkeiten entwickeln können, 1) eine gegen denjenigen streitenden Theil, welcher zu seinem Vortheile auf das später entstandene Rechtsgeschäft sich stützt und dasselbe gegen denjenigen geltend machen will, mit welchem der Intervenient im Rechtsverhältnisse schon früher stand; z. B. die Gutsherrschaft gegen die Bauern C. D, die den Vergleich geltend machen wollen, oder der Vater Baron v. R. gegen den Gläubiger K. 2) Es kann aber hier auch ein zweiter Streit möglicherweise entstehen, in welchem der Intervenient seinen ursprünglich Verpflichteten zum Gegner bekömmt, z. B. die Gutsherrschaft den Grundholden, der alte Baron R. seinen Sohn. Es kömmt nämlich darauf an, ob der streitende Theil, mit welchem Intervenient ein früheres Rechtsverhältniß zu haben behauptet, den gegen ihn geltend gemachten Anspruch des Intervenienten anerkennt; z. B. ob der Grundhold nicht behauptet, daß er zum Vergleiche auch ohne Consens befugt gewesen sey, oder ob der Freiherr Karl v. R. nicht die Behauptung seines Vaters läugnet, und auf sein durch das Gesetz von 1808 erworbenes Recht sich stützt. Ueber den zweiten möglicherweise drohenden Streit kann nur die Erklärung des streitenden Theils entscheiden. a) Erkennt er den Anspruch, welchen der Dritte gegen ihn macht, oder giebt er den Interventionsgrund zu, so sind sie beide vereiniget, b) erkennt er ihn nicht, so kann der Intervenient nicht an ein Anschließen an seinen Gegner denken. Es giebt daher nach dem Angeführten Falle, in welchen zur Zeit der Anbringung der Intervention bei Gericht der Intervenient noch nicht weiß, ob er principaliter oder accessorisch interveniren könne, wo zur Zeit der Anmeldung bei Gericht der Fall die principale und accessorische Intervention möglicherweise an sich trägt, und in die-

Digitized by Google

sem Sinne kann man von einer gemischten Intervention sprechen die als solche nur am Anfange bei der ersten Verhandlung darüber, bei Gericht erscheinen kann, in der Folge aber sich in eine principale oder accessorische auflösen muß, und in allen Fällen vorhanden ist, in welchen ein dritter bisher noch nicht Streitender in einem Rechtsverhältnisse mit einem streitenden Theile steht, welches ihn berechtiget, principaliter zu intervenieren, und zugleich mit dem anderen streitenden Theile in einem anderen Rechtsverhältnisse sich befindet, vermöge dessen der Intervenient mit der Partei ein gemeinschaftliches Interesse am Ausgange des Streites hat, dasselbe aber durch bloße beitretende Intervention nur dann sichern kann, wenn der streitende Theil, welchem er beitreten will, den im Interventionsgrunde liegenden Anspruch anerkennt.

§. 6.

Nimmt man diese Fälle an, so findet man auch in Rücksicht des Verfahrens bei der gemischten Intervention Eigenthümlichkeiten; es paßt nämlich am Anfange keine sonst bei der principalen oder accessorischen Intervention gewöhnliche Verhandlung, da der Intervenient in solchen Fällen am liebsten accessorisch intervenirte, aber dies nicht thun kann, bis sein Verhältniß zu dem streitenden Theile berichtiget ist. Bei jeder gemischten Intervention kömmt es auf die Vorfrage an: ob derjenige, welchem der Intervenient beitreten will, den Anspruch des Intervenienten, oder den Grund der Intervention anerkennt. Ehe daher ein anderes Verfahren eingeleitet werden kann, muß die präjudicielle Verhandlung über die Vorfrage vorausgehen, bei welcher nur die Erklärung desjenigen streitenden Theils, dem der Intervenient beitreten könnte, entscheidet, und daher als richtig erholt werden muß. So lange z. B. der alte Freiherr v. R. nicht wußte, ob sein Sohn seine Behauptung, daß nur der Nießbrauch ihm abgetreten worden sey, gelten lassen würde, konnte er keinen entscheidenden Schritt thun, durch welchen er sich zur principalen oder rein accessorischen Inter-

vention entschloß. 1) Am besten wird daher der Intervenient in den Fällen der gemischten Intervention dem Gerichte das wahre thatsächliche Verhältniß vortragen, und das Gesuch stellen, seine Schrift dem streitenden Theile, welchen er unter der Voraussetzung der Anerkennung seines Anspruchs beitreten will, zur Erklärung mitzutheilen. 2) Der Gerichtshof hat seine Verfügung auch blos auf diese Mittheilung zu beschränken, und es ist unzweckmäßig, die Interventionsschrift sogleich beiden streitenden Theilen mitzutheilen, da nur die Erklärung eines Theiles präjudiciell ist. 3) Nach eingetroffener Erklärung des streitenden Theiles gewinnt erst der Interventionsproceß eine andere Gestalt, und das Hauptverfahren hierauf beginnt rein accessorisch oder rein principal. Erkennt der streitende Theil den Anspruch des Intervenienten, so schließen sie sich an einander an, und es tritt das Verfahren wie bei der accessorischen Intervention ein; erkennt er dagegen den Anspruch nicht, so muß der Intervenient, ohne sich lange mit einem streitenden Theile herumzustreiten, sogleich mit der Principalintervention auftreten [20]). So gut übrigens die Principalintervention auch noch in der Appellationsinstanz angebracht werden darf [21]), eben sowohl kann dies bei der gemischten Intervention geschehen; mit Recht hält aber schon Grolman [22]) es für zweifelhaft, ob diese Intervention auch in höherer Instanz mit der Wirkung Statt finden könne, daß Beweise für das Recht des Intervenienten, welche von dem Theile, der zugleich vertreten werden soll, nicht mehr gebraucht werden könnten, nun noch zu-

---

20) Daher schreibt auch Gönner im Entwurfe des Gesetzbuchs 1. Buch Cap. III. §. 10. mit Recht vor, daß die Verhandlung zuerst auf den Punkt gerichtet werden soll, ob das Recht, welches die Intervention begründet, von einem streitenden Theile bestritten wird oder nicht.

21) Martins Lehrb. des bürgerl. Proc. §. 293.

22) Grolman Theor. des gerichtl. Verf. S. 307.

Digitized by Google

läſſig ſeyn. Dieſer Zweifel ſcheint dahin entſchieden werden zu müſſen, daß bei einer gemiſchten Intervention, wenn ſie nach der Erklärung des ſtreitenden Theiles in eine acceſſoriſche ſich verwandelte, in der Appellationsinſtanz der bloße Beitritt nicht zuläſſig iſt, was um ſo mehr erhellt, da dem Intervenienten daran liegen muß, ſein Recht vollſtändig und ohne Verluſt einer Inſtanz durchzuſtreiten, daher in ſolchen Fällen oft dem Intervenienten eine ſelbſtſtändige Klageſtellung mehr als eine Intervention nützen wird.

XXV.

Ueber den Zeitpunkt der Gültigkeit eines unter Abweſenden geſchloſſenen Vertrages.

Von dem
Hofrath und Profeſſor Wening zu Landshut.

Wenn Jemand mit einem Abweſenden contrahirt, es ſey nun ſchriftlich, oder mündlich durch einen andern, ſo entſteht die Frage: „wann der Vertrag perfect ſey, ob ſchon, ſobald die Acception geſchehen, oder erſt, ſobald dieſe der Promittent in Erfahrung brachte? Die Frage iſt in vieler Beziehung wichtig, und ſchlägt in mehrere Rechtsmaterien ein, wie z. B. in die Lehre über die Präſtation der Culpa, auf die Beſtimmung des Anfanges eines Pfandrechtes u. ſ. f. Hier ſoll ſie auf den einzelnen Fall der Revocation bezogen werden, wodurch ſich die beſondere Frage bildet: Wie lange iſt die Revocation gültig, wenn einem Abweſenden promittirt iſt? Folgender Rechtsfall mache ihre praktiſche Bedeutung bemerkbar. Der Kaufmann N. in M. bot dem Kaufmann U. in R. eine Waare en gros in einem Briefe vom 10. Jänner an. Dieſer antwortete am

14. Jänner, acceptirte, und bat um Uebersendung. Sein Brief lief am 18. desselben Monats in M. ein. Doch erhielt er indeß am 16. Jänner ein Schreiben vom 13. datirt, in welchem N. meldet, „es habe die Waare so schnell Absatz gefunden, daß er sie sehr vortheilhaft en detail verkaufe; er könne also jetzt nicht mehr mit derselben dienen.“ U. litt dabei einen sehr beträchtlichen Schaden, indem er nicht nur zum Empfang der Waare verschiedene Anstalten gemacht, auch schon Bestellungen angenommen, sondern, da ihm derselbe Artikel von einer andern Seite angeboten wurde, geradezu ausgeschlagen, und zu der Zeit, da der Artikel den besten Absatz fand, ihn nicht im Laden hatte. Offenbar mußte in dem aus diesem Vorfalle entstandenen Rechtsstreite obige Frage entscheidend werden.

Von allgemeinen Rechtsprincipien ausgegangen [1]) rechtfertigen sich wohl folgende Reflexionen:

---

1) Ein specielles, die Frage direct entscheidendes, Gesetz ist wenigstens mir unbekannt.

Wening.

Anmerkung.

Die von manchen angezogene L. 94. Dig. 45. 1. gehört insofern nicht hierher, als sie von dem Versprechen eines ganz unbestimmten und daher ungewissen Objects spricht, z. B. A bietet dem B Getreide an, ohne Bestimmung cujus generis, quantitatis rel. Hier wirkt auch die schnellste Acceptation kein Klagrecht. Nihil stipulatus videtur. Wird zwar das Object näher bestimmt, z. B. die Sorte der Waare, das Anerbieten geschieht aber weder für das Ganze des Vorraths, noch für eine bestimmte Partbie — sine adjectione ponderis, numeri rel. — so hängt es nicht von der Wahl des Kauflustigen ab, acceptirend die quantitas selbst zu bestimmen. Denn insoweit ist auch noch imperfecta stipulatio auf Seiten des Anbieters. L. 115. Dig. 45. 1., und die Feststellung dieser Quantitas bedarf erst einer nähern, auch vom Verkäufer einwilligend ausgesprochenen, Bestimmung. Er darf also dieser bis dahin über die im allgemeinen angebotene Waare disponiren. In jener Lage sind nur Tractaten vorhanden, und es würde das öffentliche Commerz sehr hindern, verordneten die Gesetze etwas anders. So-

Wenn ich einem andern überhaupt promittire, so räume ich ihm die Befugniß ein, zu acceptiren. Hat er von dieser Gebrauch gemacht, und acceptirt, dann ist der Vertrag perfect, und eine Revocation nicht zulässig. So lange nicht acceptirt ist, kann ich revociren; doch muß ich den andern davon in Kenntniß setzen, weil er, so lange er nicht weiß, daß ich revocirt habe, immer annehmen muß, ich sey bei meiner Promission stehen geblieben. Er kann folglich noch immer acceptiren, bis er erfährt, daß ich revocirte. Nur zwei Ausnahmen kommen dabei natürlich vor:

1) Im Fall der Promittent einen dies ad quem beifügt. Ist da die angegebene Zeit verflossen, so erlischt die Befugniß, zu acceptiren, von selbst.

2) Wenn kein Termin bestimmt, aber bereits eine so lange Zeit verstrichen ist, daß sich der Andere hätte füglich erklären können, und man also vernünftiger Weise annehmen muß, er wolle nicht acceptiren [2]).

---

bald aber der verkäufliche Vorrath als unzertrennliches Ganzes, oder von ihm eine fest bestimmte Quantitas, angeboten wird, dann fällt die Sache in das Gebiet obiger Abhandlung. Man vergleiche auch insonderheit Hagemann, in den pract. Erört. B. VI. nr. VIII. Wegen der Klage auf Erfüllung, wegen der Gefahr der Vernichtung und Verschlechterung u. s. w., treten die allgemeinen Rechtsprincipien ein. Ich glaube diese in meiner Comm. de emt. vend. quae fit ad mensuram, ad numerationem rel. Jenae 1814. (bei Cröcker) dem Sinne der Gesetze gemäß dargestellt zu haben.

Genßler, d. Z. Red.

2) Gegen diese Ansicht hat man sich wohl schon auf fr. 1. §. 1. (45. 1.) de V. O. berufen, um zu beweisen, daß ein einmal gegebenes Versprechen immer bis zur Zurücknahme bindend bliebe. Allein diese Stelle bezieht sich offenbar blos auf die Förmlichkeit der Stipulation, welche dadurch nicht verletzt wird, daß sich der Stipulant entfernt, wenn nur bei seiner Rückkehr ihm die passende Antwort gegeben wird.

Digitized by Google

Diese Betrachtung auf das schriftliche Contrahiren übergetragen, lautet die consequente Anwendung so: „Ich kann revociren, wenn sich der Andere über die Annahme noch nicht erklärt hat. Doch muß ich ihn davon in Kenntniß setzen. Bis er diese erhalten hat, ist seine Acception gültig, und er kann folglich immer noch acceptiren, wenn er nicht erfahren, daß ich revocirte. Daß Ich Kenntniß von der Annahme bekommen, ist gleichgültig, nachdem ich dem Andern die Befugniß einräumte, schriftlich zu acceptiren, also in der Art, daß ich nicht sogleich aus seinem Munde, sondern erst aus dem Briefe, die Acception erfahre. Die Acception ist aber bereits schriftlich geschehen, also der Vertrag perfect. Mein indeß gemachter Widerruf nützt mir nicht, da er dem andern unbekannt ist, er demnach in der Voraussetzung handelte, daß mein Anerbieten noch bestehe, also seine Acception völlig gültig war.“ Vielleicht läßt sich für diese Entscheidung noch die billige Rücksicht anführen, daß dem Acceptanten, da er, ohne zu wissen, daß der andere revocirt hat, gerade in der Voraussetzung handelt, dieser werde bei seinem Versprechen stehen bleiben, gewiß nicht das mindeste Verschulden zur Last gelegt werden kann. Nicht dasselbe dürfte man von dem Promittenten behaupten. Er sollte seine willkührliche Sinnesänderung so schleunig mittheilen, daß jeder Schaden für den andern vermieden wird. Ist ein solcher entstanden, so erscheint seine Handlung sichtbar als dessen nächster Veranlassungsgrund, und es ist billig, daß er jenen Schaden auf sich nehme. Uebrigens treten die angeführten zwei Ausnahmen auch hier wieder ein.

Die Beantwortung der aufgestellten Frage würde daher in Kürze so lauten: Hat der Promittent eine Zeit zur Abgabe der Erklärung für den Abwesenden bestimmt, so erlischt mit dem Ablaufe des Termines die Befugniß der Acception von selbst. Außerdem kömmt es darauf an, ob die Zeit verstrichen ist, innerhalb welcher sich der Acceptant hätte füglich erklären kön-

Digitized by Google

nen [3]). Ist sie nicht verstrichen, so sieht man auf den Zeitpunkt, wo der Acceptant die Revocation erfahren hat. Bis dahin ist seine Annahme gültig, und die bloße Revocation schadet ihm nicht. In Ansehung der Beweisführung scheint mir die Sache keiner Schwierigkeit zu unterliegen, obgleich in dem erzählten Rechtsfalle zwei Instanzen verschieden darüber urtheilten. Der Acceptant hat nämlich blos zu beweisen, daß er acceptirt habe. Dagegen muß der Promittent, wenn er den Obsieg erhalten will, erproben, daß das Gegentheil entweder nicht innerhalb der festgesetzten Zeit, oder später, als es hätte füglich geschehen können, oder endlich erst, nachdem er die Revocation schon erfahren, acceptirt habe.

XXVI.

Ueber den Fall eines concursus legatorum.

Von dem

Etats- und Obergerichtsrath von Schirach, zu Glückstadt.

Der Fall, wie bei dem concursu legatorum, quando vires patrimonii testatoris excedunt, zu verfahren sey, gehört zu den sehr seltenen. Daher erörtern die neueren Rechtslehrer diese Frage nicht. Die älteren theilen sich in drei Parteien. Die eine stellt, nur gestützt auf die Autorität von

---

3) Die Größe dieses Zwischenraums wird ein Gesetz nicht bestimmen können. Er hängt von den thatsächlichen Verhältnissen in concreto ab, und entweder richterliches Ermessen, oder resp. das Gutachten Sachverständiger, muß seine Begränzung aussprechen. Vergl. Hagemann a. a. O.

Gensler, d. Z. Red.

Digitized by Google

Tiraquell, die Meinung auf, daß, wenn die Masse nicht hinreicht, sämmtliche Legatarien zu befriedigen, das legatum ad pias causas vor allem aufrecht erhalten und vollkommen erfüllt werden müsse. Die andre nimmt auf die Ordnung Rücksicht, in welcher der Testator die Legatarien in seinem letzten Willen bedacht hat, und will die Vermächtnisse, die in der Reihefolge zuerst genannt sind, auch vor den übrigen erfüllen lassen, da der Testator diese durch eine besondere Vorliebe begünstigt zu haben scheine. Diese Ansicht widerspricht aber nicht nur klaren Gesetzen, namentlich der L. 80. D. de legatis I. sondern beruht auch auf der unrichtigen Voraussetzung, quod talis censeatur esse mens testatoris, qualis est ordo scripturae, da man vielmehr annehmen muß, daß der Testator eine gleiche Zuneigung gegen alle Legataren gehabt habe. Die dritte, den Gesetzen gemäßeste, Meinung geht dahin, daß, wenn mehr vermacht ist, als aus dem Nachlaß geleistet werden kann, auch bei den Vermächtnissen an milde Stiftungen die allgemeine Regel eintrete, daß die Legate der Einzelnen pro rata vermindert werden müßten. Zwei bekannte spanische Juristen erklären sich hierfür, Don Francisco Salvado di Somoza in Labyrintho creditorum concurrentium T. II. cap. 4, indem er bei allen Vermächtnissen, auch bei denen an milde Stiftungen, einen gleichen verhältnißmäßigen Abzug Statt finden läßt, und Don Francisco Myunnoz de Escobar in seinem Werke de ratiociniis administratorum etc. T. II. comp. X. S. 578 u. ff. wo er dies ausführlicher darthut. Ihn scheint auch J. H. Böhmer in seinen Exercitationibus ad Pandectas T. V. Ex. 80. beizupflichten. Er gedenkt unter den privilegiis legatorum piorum genuinis eines solchen Vorzugs derselben vor andern Vermächtnissen nicht, und hat es nicht einmal der Mühe werth gehalten, dies Privilegium unter den spuriis legatorum piorum privilegiis, quae in cerebro interpretum nata, in jure autem prorsus non sunt fundata, aufzuführen. Besonders aber bestreitet Meyius in seinem

Comment. in jus Lubecense P. II. Tit. I. Art. 7. §. 44. ein solches von einigen Rechtsgelehrten angenommenes Privilegium der Vermächtnisse an milde Stiftungen, und nennt es einen communem errorem.

Für diese Meinung reden auch die überzeugendsten Gründe. Alle Privilegien sind strictissimae interpretationis. Kein Gesetz ertheilt aber den legatis ad piam causam ein solches exorbitantes Privilegium. Die Römischen Gesetze, sowohl die Pandecten als der Codex, verleihen den legatis ad pias causas nur den Vorzug, daß die Quarta Falcidia von ihnen nicht abgezogen werden kann. Von diesem Verbot der Kürzung der Quart kann man nicht auf ein Privilegium im Concurs schließen. Hier ist nämlich ein concursus legatorum vorhanden. Im Concurse aber haben aber nur die Forderungen ein jus praelationis, denen die Gesetze ausdrücklich ein solches verlieben haben. Sonst tritt eine Gleichheit der Rechte, und im Collisionsfall, ein gleiches Verhältniß gegenseitigen partiellen Zurücktretens ein. Die Behauptung, daß die Vermächtnisse an milde Stiftungen als eine Schuld der Masse zu betrachten, und daher vorher zu berichtigen wären, enthält eine offenbare petitio principii. Die dafür angeführten Gesetzstellen sehen solche Vermächtnisse nur insofern als Schulden an, als sie nicht die Kürzung der Falcidischen Quart erleiden, wovon sie durch eine besondre Constitution der Imperatoren befreiet sind. In andrer Hinsicht kann man sie nicht den Schulden gleich setzen, welche bezahlt werden müssen, ehe die Legate ausgekehrt werden. Dies Verbot der Kürzung darf überall nicht auf die Legatarien, sondern nur auf den Erben bezogen werden. Denn der unterlassene Abzug der Falcidia ist nur für den Erben nachtheilig. Sein Antheil wird dadurch verkürzt, nicht aber die Vermächtnisse der neben der pia causa bedachten Legatarien. In Ansehung der Vermächtnisse schreiben die Gesetze bestimmt vor, daß sie pro rata herabgesetzt werden sollen, wenn mehr legirt war, als vorhanden ist. L. 59. D. de legatis et fideicommissis I. sagt: Apud Julianum lib. 32. Digestorum Marcellus notat: is, qui sola triginta reliquerat, Titio triginta legavit,

Sejo viginti, Mevio decem: Massurius Sabinus probat, Titium quindecim, Scium decem, Mevium quinque consecutürum, ita tamen, ut ex his pro rata portimis Falcidiae satisfiat. Diese Berechnungsart im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Erfüllung der Vermächtnisse wird ebenfalls von Tryphonin in L. 18. D. de testamento militis und von Gajus in L. 73. §. fin. ad legem Falcidiam gebilligt, wie der Glossator Bartolus zu der eben angeführten L. 80. bemerkt, wo er es außer allem Zweifel hält, quod propter defectum facultatum et propter Falcidiam fiat diminutio legatorum pro rata. Eine andre Verfügung ist auch in der Auth. similiter C. ad legem Falcidiam nicht zu finden, wo es bloß heißt: Similiter Falcidia cessat in iis, quae ad pias causas relicta sunt, welche Worte einige Rechtslehrer, Tiraquell an der Spitze, dahin erklärt haben, daß bei der Insufficienz des Nachlasses in concursu legatorum dem legato ad pias causas ein Vorzugsrecht zustehe. Wie bei diesem, fällt beim testamento militis die Quarta Falcidia weg. Dennoch werden die Vermächtnisse durch die Unzureichenheit der Masse vermindert, wie Escobar bemerkt, quemadmodum etiam diminuuntur in testamento militis facta, in quo, licet cesset Falcidia, tamen diminuuntur legata propter affectum patrimonii; et hoc etiam in legatis videmus ad pias causas factis: minuuntur namque propter debitum jure naturae, ut notant communiter doctores in L. si quis ad declinandam C. de episc. et cleric. Tiraquell, de privil. piae causae. priv. N, Vincent de Franchis, decis. 236. N. 1. et Parlador, lib. 1. rerum quotidianar. C. 18.

Es giebt indeß ein deutsches Statut, welches den Vermächtnissen an milde Stiftungen einen Vorzug vor andern Legaten einräumt. Ein solches, dem gemeinen Recht unbekanntes Privilegium findet sich im deutschen Recht, welches will, daß nach Bezahlung der Schulden des Erblassers zuerst die Vermächtnisse an milde Stiftungen zu erfüllen sind.

Digitized by Google

Lüb. Recht. II. Buch. I. Tit. 7. Art.

„Ordnet Jemand seinen letzten Willen und Testament, er sey gesund oder krank, so soll man von dem Testament erstlichen bezahlen die Schuld, demnach was zu Gottes Ehr und milden Sachen gegeben ist, um das übrige soll es ergehen nach laut des Testaments."

Die hier entwickelten Grundsätze des gemeinen Rechts kamen zur Erörterung und Anwendung in einem seltenen Fall, der im Jahr 1817. bei dem K. Holsteinisch Lauenburgischen Obergerichte zu Glückstadt verhandelt wurde. Am 2. April errichtete der Commerzrath Wendt in Oldesloe ein Testament, in welchem er sein einziges Kind, die Rathsverwandtin Schüder, zur Universalerbin ernannte. Seiner Ehefrau setzte er anstatt ihrer statutarischen Portion mit ihrer eigenen Bewilligung ein Jahrgeld von 128 Rthlrn. auf ihre Lebenszeit aus. Außerdem errichtete er drei Legate; seinem Enkel, Johann Heinrich Schüder, vermachte er ein Capital von 1000 Rthlrn., den Nothleidenden der Stadt Oldesloe 600 Rthr. und zu Schulverbesserungen im Amte Tremsbüttel 400 Rthlr. Sollte die Tochter des Testators diese seine Willensverordnung anfechten, so ward sie von ihm auf den Pflichttheil eingesetzt. Im Frühjahr 1814 verstarb der Commerzrath Wendt. Das von ihm hinterlassene Vermögen war lange nicht so bedeutend, als man geglaubt hatte, und reichte, zumal da noch Schulden darauf hafteten, nicht zur Bezahlung der drei ausgesetzten Legate hin. Diese betrugen zusammen 2000 Rthlr., und der Curator der Masse berechnete den ganzen Activbestand derselben nur auf 2200 Rthlr. Die einzige Tochter des Testators erklärte daher, daß sie, anstatt die Erbschaft als Universalerbin anzutreten, und alle letztwillige Verfügungen derselben zu erfüllen, den Pflichttheil verlange, und die Wittwe nahm, da ihr das Jahrgeld von 128 Rthlrn. nicht werden konnte, ihre statutarische Portion in Anspruch, auf welche sie nur in Rücksicht auf jenes Verzicht geleistet hatte. Die durch die Unzulänglichkeit der Erbmasse entstandenen streitigen Verhältnisse und besonders der seltene Fall eines con-

cursus legatorum machten eine gerichtliche Regulirung des Wendtschen Nachlasses und eine Verhandlung über die Distribution desselben erforderlich. In dieser suchte der Contradictor das Vorzugsrecht der beiden Vermächtnisse an die Armen der Stadt Oldesloe und an die Schulen im Amt Tremsbüttel gegen den mit 1000 Rthlrn. bedachten Enkel des Testators geltend zu machen, indem er sich auf die Nov. 131. C. 12. berief, und auf L. 1. §. 1. C. Communia de legatis, verbis: praecipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata. Die Novelle redet aber nur von der Falcidischen Quart, und die Gesetzstelle aus dem Codex ist viel zu allgemein, um die Folgerung eines solchen Vorzugs der Vermächtnisse an milde Stiftungen vor andern Legaten zu begründen. Auch konnte das sonst in den Städten des Herzogthums Holstein geltende Lübische Recht auf den Nachlaß des Commerzraths Wendt nicht angewendet werden, weil er vermöge seines Titels einen befreiten Gerichtsstand hatte, und hiernach dem Sachsenrecht und dem gemeinen Recht unterworfen war. Unter diesen lebend hatte er testirt, und nach diesen Rechten mußte sein letzter Wille beurtheilt und sein Nachlaß vertheilt werden. Daher sprach das Königlich Holsteinisch-Lauenburgische Obergericht das Prioritätsurtheil dahin ab, daß die drei Legatarien, der Enkel des Verstorbenen, die Armen der Stadt Oldesloe und die Schulen im Amte Tremsbüttel, sich pro rata in den, nach Berichtigung der Schulden, der Auskehrung der statutarischen Portion der Ehegattin, und des Pflichttheils der einzigen Tochter des Verstorbenen, übrig bleibenden, zur Erfüllung der drei Vermächtnisse von 1000, 600 und 400 Rthlrn. nicht hinreichenden, Ueberschuß der Erbmasse theilen sollten.

Digitized by Google

XXVII.

Rechtsfall.

1) Von dem speciellen thatsächlichen (factischen — historischen) Klaggrund der condictio sine causa, cond. indebiti, und cond. furtiva.

2) Von der Beweislast im Gebiete dieser Klagen.

Von Gensler.

Geschichtserzählung.

B. war Gutspachter des A. in den Jahren von Ostern 1810 bis 1813. Das jährliche Pachtgeld für jedes ganze Jahr bestand in 3000 fl., vierterjährig, auf Johannis, Michaelis, Weihnachten, Ostern, mit 750 fl. zahlbar. Diese zahlte B. auf Michaelis 1812, so wie alle vorigen Termine seit Johannis 1810 richtig eingehalten worden waren. Im Monat November 1812, vor Eintritt des Weihnachtsquartals, ersuchte A. den B. um eine Vorausbezahlung von 400 fl. Es leistete solche der B. und erhielt dagegen von dem A. folgendes Document:

> Von meinem Gutspachter allhier, Herrn B., habe ich heute 400 fl. empfangen, worüber ich mich mit demselben berechnen und ihm dann gegen Cassirung dieses eine andere Quittung geben werde.
>
> Grauenhof den 16. Nov. 1812.
>
> C. L. A.

Das Weihnachtsquartal 1812 erfüllte der B. nicht und A. ließ es dabei bewenden. Bei dem Abzug vom Gute, Ostern 1813, berechnete sich B. mit A. und letzter stellte dem ersten folgende Generalquittung aus:

> Mein zeitheriger Gutspachter, Herr B., hat das in den Pachtjahren von Ostern 1810 bis dahin 1813 mir verspro-

Digitized by Google

chene Pachtgeld, quartaliter 750 fl., summa summarum 9000 fl., contractlicher Weise richtig bezahlt, auch alle Inventarienstücke gehörig gewährt und zurückgegeben.

Grauenhof den 15. April 1813.

C. L. A.

Proceßgeschichte mit dem Material der Streitpunkte.

Ueber 4 Jahre nachher, im Juni 1817, trat der B. gegen den A. mit folgender Klage hervor:

„Als Gutspachter des A. zu Grauenhof habe ich ihm am 16. November 1812 die Summe von 400 fl. vorgeschossen, wie die unter No. 1. anliegende Urkunde *) näher und liquid ergiebt. Bei meinem, um Ostern 1813 erfolgten, Abzug von des Beklagten Gut zu Grauenhof sind jene 400 fl. aus Vergessenheit nicht in Liquidation gekommen, wohl aber habe ich, nach Ausweis der unter No. 2. anliegenden Generalquittung vom 15. April 1813 **), alle Verbindlichkeiten gegen denselben erfüllt. Mein außergerichtliches Verlangen der Rückzahlung obiger 400 fl. war fruchtlos, daher ich klagend bitte:

den Beklagten auf einen Termin zur Anerkennung der ihm vorgelegt werden sollenden Urschriften beider Urkunden vorzuladen,

hierauf aber als rechtlich zu erkennen:

daß er pflichtig sey, mir nicht nur die 400 fl., sondern auch Zinsen 5 v. 100, seit dem 16. Nov. 1812 gerechnet, nebst allen Kosten des Processes zu bezahlen."

Das Gericht decretirte Mittheilung der Klage an den Beklagten, zur Antwort binnen 14 Tagen.

In der übergebenen Exceptionsschrift wurde von dem Beklagten a) die Einrede „der unrichtig gewählten Proceßart" mit der Bitte entgegengesetzt, „die Klage als angebrachter Maßen unstatthaft zu verwerfen." Jedoch ließ sich derselbe b) eventuell so ein: daß er nur den Satz der Klage verneinte: „es

*) Angelegt war eine Copie der Quittung über 400 fl. vom 16. Nov. 1812.

**) Diese Generalquittung vom 15. April 1813. war ebenfalls in Abschrift adjungirt.

wären die 400 fl. bei dem Abzuge des Beklagten vergessen worden und nicht in Liquidation gekommen." Hierneben behauptete er c) hinter der Litiscontestation: „allerdings wären die 400 fl. von dem jetzigen Kläger abgezogen worden, und habe er, Beklagter, vergessen, bei Ausstellung der Generalquittung sich jene Interimsquittung vom 16. Nov. 1812 zurückgeben zu lassen."

Der replicirende Kläger vertheidigte ad a. die Zulässigkeit des Executivprocesses, mit dem Anhang: „die Klage sey nunmehr auch durch des Beklagten Geständniß bewiesen;" erwiederte ad b. „das verneinend gefaßte Glied der Einlassung enthalte, als negatio geminata, eine verkappte Behauptung und habe also die Natur einer Einrede der Zahlung oder Abrechnung, wie sich dieses ad c. auch aus der angehängten exceptio peremtoria klar ergäbe. Diese sey unwahr, und so falle die Beweislast auf den Beklagten, wenn nicht jene Einrede als illiquid ad separatum zu verweisen wäre."

Duplicirend beharrte der Beklagte ad a. auf der exc. non rite formati processus, bezog sich ad b. darauf, „daß alles, was zur Einlassung gehöre und verneint werde, der Regel nach von dem Kläger zu beweisen sey, im vorliegenden Fall aber weder eine Rechtsvermuthung, noch sonst ein Grund, jene Beweislast verschiebe" Er fügte an: „wolle der Kläger von einem Geständniß in der Einlassung ausgehen, so trete man ad c. in das Gebiet des ordentlichen Processes, wo auch illiquide peremtorische Einreden statt fänden, immer jedoch als blos eventuelle Rechtsvertheidigungsmittel erst dann zu beweisen wären, wenn voran der Grund der Klage bewiesen sey."

Ueber den Zinsenpunkt schwiegen beide Theile.

Nach dem Actenschlusse wurde erkannt:

> der Beklagte sey die 400 fl. nebst Zinsen S. 100. zwar nicht vom 16. Nov. 1812, jedoch vom 15. April 1813 an gerechnet, zu bezahlen pflichtig, er könnte denn u. s. w. beweisen: daß jene 400 fl. bei der Berechnung vom 15. April 1813 in Ansatz und Abzug gebracht worden seyen.

Hiergegen das Rechtsmittel der Revision einwendend stellte der Beklagte als Beschwerden auf:

I) weil er zur Zahlung, oder Uebernahme eines Beweises, verurtheilt worden wäre,

II) weil auch Zinsen, und zwar vom 15. April 1813 an, gerechnet werden sollten.

In Hinsicht ad I. bezog sich des Revidenten Rechtfertigung auf die Principien von dem Zweck der Einlassung und

Digitized by Google

der Natur der Beweislast; und in Rücksicht ad II. auf das Abseyn eines factischen Grundes zur Zinsverbindlichkeit, abgesehen von dem Anfang des jetzigen Rechtsstreites.

Ein Spruchcollegium sprach nunmehr, nachdem der Revise an seiner Exceptionsschrift sich versäumt hatte, reformatorisch aus:

> des Klägers Suchen, sowohl in der Hauptsache, als wegen der Zinsen, finde nicht statt; er könnte denn binnen u. s. w. beweisen: „daß bei der Abrechnung am 15. April 1813 die geklagten 400 fl. aus Vergessenheit außer Ansatz und Abzug geblieben wären;“ worauf sodann, insonderheit auch der geforderten Zinsen wegen, weiter den Rechten gemäß erkannt werden solle.

Hierauf nahm der Kläger das Rechtsmittel der Revision zur Hand, sich beschwert findend,

I) weil er für beweispflichtig geachtet würde,

II) weil das Erkenntniß implicite ausspreche, der Zinsenlauf sey nicht vom 15. April 1813 an zu berechnen.

Bezüglich ad I. wiederholte er priora aus der ersten Instanz; hinsichtlich ad II. behauptete derselbe: „wenigstens an jenem Tage der Pachtauflösung sey dies solutionis, mit diesem aber die mora eingetreten.“ Er bat um Wiederherstellung des ersten Rechtsspruchs.

Allein ein zweites Spruchcollegium bestätigte das vorige, vom Kläger angefochtene, Erkenntniß unbedingt.

Juristische Beurtheilung obiger Streit- und Entscheidungspunkte.

Die Streitfrage über die Proceßart hat sich dadurch verloren, daß eines Theils gleich das erste Mittheilungsdecret stillschweigend in den ordentlichen Proceß einlenkte [1]; andern Theils aber die erste Sentenz auf diesem Weg fortschritte [2], und dem

---

1) Dieses gestattet man dem Richter, als Proceßleiter, wann blos die Proceßbitte unschicklich ist. Leyser, in medit. ad Pand. spec 37. med. 3.

2) Nämlich durch das Erkenntniß auf ordentlichen langsamen Beweis in der Hauptsache, welches mit der Natur des Executivproceßes im Widerspruche stehet. Alles Illiquide, nicht schleunig erweisliche, wirft der Hülfsproceß aus ad separatum, sowohl Repliken, als Einreden. Wer dieses verkennt, erfaßt sein Wesen nicht, und schöpft aus den inconsequenten Abweichungen mancher Landesgesetze. Schaumburg in princ. prax. jud. Lib. II. Cap. II. §. 11. et 13.

Digitized by Google

Beklagte hiergegen eine Beschwerde nicht aufstellte, eben so auch der Kläger jenes Erkenntniß durch das Nichteinwenden eines Rechtsmittels sogar genehmigte [3]) und auch den zweiten Rechtsspruch in Bezug auf die Proceßart nicht anfocht; vielmehr nur die Bestätigung des ersten bezweckte. Durch obiges ist der positive Nichtigkeitsfehler der, der Formerge nach in der Maße, wie sie in Hinsicht auf die gewählte Proceßart angebracht wurde, unstatthaften Klage geheilt [4]). Illiquid, und also zur Begründung des strengen Hülfsprocesses nicht geeignet, ist die Urkunde vom 16. Nov. 1813 insofern, als in ihr keineswegs eine Bezahlung oder Rückzahlung, vielmehr nur Berechnung im Allgemeinen versprochen wurde, das Ganze also mit dem Pachtcontractsverhältniß sich verschlingt und so in das Dunkel tritt. Obnehin ist die Urkunde keine Schuldschrift, sondern eine Quittung über eine abschlägliche Vorausbezahlung einer bereits begründeten, jedoch noch nicht ganz reifen, wiewohl im Reifwerden begriffenen Schuld.

Betrachtet man nun die Hauptsache auf dem Wege des ordentlichen oder auch nur unbestimmten summarischen [5]) Processes, so kann kein Zweifel darüber obwalten, daß, wäre auch der ganze factische Klaggrund für eingestanden und das verneinende Glied der Einlassung als eine gemeine zerstörende illiquide Einrede anzusehen, der Beklagte desungeachtet nicht pure verurtheilt werden könnte, sondern ihm der Beweis jener Einrede,

---

3) Gegen diejenige Partei, welche wider ein ihr eröffnetes Erkenntniß innerhalb legaler Frist weder selbst ein Rechtsmittel einwendet, noch nachher auf eine erlaubte Weise dem von ihrem Gegner zur Hand genommenen Rechtsmittel adhärirt, Grolmann in d. Th. des ger. Verf. in b. Rechtsf. §. 211., gehet dasselbe in die Rechtskraft über. Darauf beruhet auch das Princip: „der Richter darf nicht in pejus erkennen.“ Martin in d. Lehrb. des teutsch. gem. bürg. Proc. §. 265.

4) M. Handb. zu Martins Lehrb. u. s. w. Thl. I. Abh. III. S. 54. ff.

5) Dieser (der außerordentliche Proceß genannt im Verhältniß zu dem ordentl. d. h. feierlichen, hingegen auch der ordentl. summ. Proceß im Verhältniß zu denjenigen summ. Proceßarten, welchen besondre Verfahrungsregeln eigen sind, wie z. B. dem Executivproceß) kennt, von dem Umfange der Förmlichkeiten abgesehen, keine andern Regeln der Procedur und richterlichen Entscheidung, als der ordentliche feierliche Proceß. Danz, in den Grundf. des summ. Proc. §. 8. Grolman, a. a. O. §. 227. Gönner, in dem Handb. Abh. 81. §. 12.

deren ordentlicher sogenannter langsamer Beweis, aufzulegen seyn würde [6]).

Allein in Rücksicht auf das Material der Sache geschiehet ihm auch durch das Zuschieben jener Beweislast zu wehe. Die Klage ist keine actio mutui. Zwar bedient sich der Kläger des Wortes vorgeschossen [7]), und fordert Rückzahlung; doch beziehet er sich vorher auf seine Qualität als Gutspachter, und dann auf eine Urkunde, welche als Theil und Erläuterung der Klage anzusehen ist, und wörtlich ergiebt, daß der Vorschuß eine Vorausbezahlung des Pachtgeldes auf Berechnung bezeichnen solle. Das Wort Rückzahlung ist noch weniger characteristisch; es kann in einer großen Anzahl von Klagen das Wiederleisten bezeichnen. Gehet man nun von dem Gesichtspunkt aus: „die 400 fl. seyen unter einem solchen Rechtsgrund in das Vermögen des Beklagten gekommen, welcher sich nachher wieder aufgelöst habe, nämlich durch das Unterlassen der versprochenen Berechnung," so sind die Merkmale der condictio *sine causa* vorhanden [8]). Stellt man aber die Sache so: „der Beklagte habe am 15. April 1813 400 fl. zuviel bezahlt, indem am 16. November 1812 schon 400 fl. abschläglich bezahlt worden wären," so tritt der Fall in das Gebiet condictio *indebiti* [9]). Doppeltes Zahlen ist keine natürliche Verbindlichkeit, und das Vergessen eines Postens bei einer Berechnung hat eher die Natur eines entschuld-

---

6) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 37. mit 48. Sieber, in dem ger. Proc. §. 680. ibi all. Martin, a. a. O. §. 163.

7) Ein Kläger ist nicht zwangspflichtig, das factische Verhältniß, oder Rechtsgeschäft, aus welchem er klagt, mit dem gesetzlichen Namen zu belegen, sondern es reicht hin, wann ihn der Richter aus der Erzählung der Merkmale eines das Gesuch der Klage begründenden Rechtsverhältnisses zu abstrahiren vermag. So liegt z. B. in dem Vortrag: „Kläger habe dem Beklagten 100 fl. baar vorgeschossen und dieser die Rückzahlung versprochen," die Beschreibung eines Darlehns. Allein treten noch andere miterzählte Thatsachen hinzu, welche dem Gebiete eines andern Rechtsgeschäfts angehören, so wirft sich nun die richterliche Reflexion auch auf diese.

8) L. 1. seqq. Dig. de condictione sine causa. 12. 7. Glück in der Erl. der Pand. nach Helfs. §. 836. Durch diese Klage fordert also B. diejenigen 400 fl. zurück, welche er dem Beklagten am 16. Nov. 1812 zuzahlte.

9) Thibaut, in dem Syst. des P. R. §. 972. ff. ibi leges. Das Object dieser condictio sind diejenigen 400 fl., welche der Kläger dem Beklagten am 15. April 1813 zuviel bezahlt zu haben behauptet.

baren Irrthums, als eines wissentlichen Verzichts auf derselben Ansatz [10]).

Die Klage ist keinesweges in *facto*, wohl aber in Hinsicht auf das *genus* actionis dunkel. Ein Rechtsklaggrund mangelt [11]), sowohl in der Klagschrift, als in dem Verfahren.

Es tritt also die richteramtliche Pflicht ein, das *jus* commune zu ergänzen [12]), und im Zweifel die dem Kläger am vortheilhafteste Klage als gewählt zu erachten [13]). Allein siehet man auf die contractliche Absicht der Contrahenten, einen Theil des noch fällig werdenden Pachtgeldes zum Voraus zu tilgen, und daß dieses durch die Vorauszahlung wirklich und bleibend geschahe, insoweit also das Obligationsverhältniß zwischen den Contrahenten für immer aufgelöst wurde, so muß man annehmen, erst dann, wann der Kläger jene 400 fl. am 15. April 1813 nochmals bezahlte, entstand eine neue obligatio, und aus dieser die condictio *indebiti* [14]). Auch ist die condictio sine causa gewissermaßen nur subsidiarisch [15]). Doch läßt sich auch eine Häufung der Rechts-

---

10) Arg. L. 44. pr. Dig. 41. 2.

11) D. h. ein Gesetz, oder Rechtsprincip, welches der Kläger neben der Erzählung des facti zu dem Zweck anziehet, damit der Richter jenes jus auf das erzählte Factum anwende, um das Sachgesuch der Klage gerechtfertiget zu finden. Daher führt jener Rechtsgrund auch den Namen: causa actionis *justificatoria*. Sein ausdrückliches Daseyn in der Klage giebt dem Richter einen Fingerzeig, welche Klage der Kläger gewählt haben wolle. Ist er aber dunkel, oder zweideutig, so tritt das richterliche Deutungsrecht ein, ja die Befugniß, einen andern Rechtsgrund an die Stelle des offebar unanwendbaren zu setzen, folgt das Gesuch als gesetzlich aus der Wahrheit der rein und ungeändert bestehenden Geschichtserzählung.

12) L. un. Cod. ut quae desunt advocatis. 2. 11. Cap. 6. X. de judic. 2. 1. M. Handb. zu Martin Lehrbuch des g. t. Proc. Thl. I. Abh. III. S. 67. f.

13) L. 66. Dig. de judic. 5. 1. L. 12. Dig. de re dub. 34. 5. Auch der der Klage vom Kläger unpassend beigelegte Name hindert den Richter nicht in seinem Ergänzungsamt. Archiv B. 1. Abh. XXIII. S. 361. Note **.

14) Nicht entgegen stehet hier L. 16. §. 6. Dig. locati. 19. 2. Denn in dieser wird keine doppelte Zahlung, sondern nach geschehener Vorausbezahlung des ganzen Pachtgeldes der nachherige Untergang des gepachteten Objects vorausgesetzt. Da tritt die actio locati auf Rückforderung ein.

15) Thibaut, a. a. O. §. 986. Höpfner, in dem Comm. zu den Heinec. Inst. §. 957. Insofern nämlich die Bedingungen

klaggründe [16]) beider Rechtsverfolgungsmittel denken, da das Sachgesuch immer nur das nämliche Object einfach zum Gegenstand hat. Der Richter darf daher jetzt, wo nur das Factum der Klage an sich, der factische Klagegrund, als Thatsache in Frage stehet, wo als rechtsgewiß anzunehmen ist, eine Klage wird durch dasselbe begründet, sey es nun die condictio indebiti, oder sine causa, die Entscheidung dieser letzten Streitfrage bis zu der Definitive mit so mehr Grund aussetzen, als die factische Grundlage und das Beweisthem beider Klagen in dem vorliegenden Fall ganz gleich ist, und selbst in Hinsicht auf Zinsen und den Zinsenlauf ein identisches Rechtsresultat sich ergeben wird.

Eben so verhält es sich mit der Beweislast. In beiden Klagen trifft sie nach richtigen Principien den Kläger.

In Ansehung der condictio *sine causa* ist das hierzu erforderliche Nichtmehrseyn des den Beklagten zum Empfang und Besitz der 400 fl. befugenden Rechtsgrunds eine Behauptung des Klägers, deren Bestandtheile aus negativen Thatumständen das onus probandi nicht verschieben [17]). Jene Behauptung ist nichts anders, als die specielle Begründung der cond. sine causa, m. a. W. deren besonderer oder entfernter factischer Klaggrund [18]).

Für das Rechtsgeschäft selbst hat das Gesetz keinen besondern Namen, welcher, wie z. B. bei dem Darlehn, der Geschäftsführung, dem Delict u. s. w., den speciellen Klaggrund aussprechen würde; und daher folgt auch nur eine unbe-

---

einer andern verwandten condictio, z. B. indebiti, nicht eintreten. Denn wenigstens mit einer Contractsklage kann die condictio sine causa electiv concurriren. L. 2. Dig. 12. 7.

16) Die Häufung blos electiv concurrirender Klagen ist insoferne verboten, als man mit jeder das nämliche Object und dieses also doppelt verfolgen will. L. 57. D. 50. 17. L. 34. D. 44. 7. Thibaut, in den Abhandl. nr. 9. Sucht aber der Kläger durch beide zugleich das nämliche Object nur einfach zu erhalten, d. h. wendet er auf das nämliche Factum zugleich mehrere Rechtsklaggründe an, damit der Richter entweder diesen, oder jenen, als causa actionis justificatoria gelten lasse, so tritt der Fall in das Gebiet der erlaubten alternativen Klagbäufung. Vergl. Böhmer in doctr. de action. Sect. III. §. 2.

17) Archiv B. 1. Heft II. Abh. XXI. §. 10. S. 264. ff.

18) D. h. das besondere factische Verhältniß oder Ereigniß, von welchem das Gesetz zum Voraus spricht: „tritt es ein in dem Privatrechtskreis zweier Subjecte, so soll die Klage statt finden.“

Digitized by Google

nannte Klage, eine condictio, aus jenem Obligationsverhältniß. Auch nicht einmal eine Unbilligkeit liegt in jenem Belassen des Klägers; denn die Unterlassung der Ausübung seines Abrechnungsrechtes ist weniger, als die Diligenz jedes patrisfamilias *idonei*, und, obgleich keine *lata* culpa, doch eine culpa *levi latior* [19]), welche der Kläger durch die Uebernahme des Beweises einer Negative gerechtest zu verbüßen hat.

Siehet man auf die cond. indebiti zurück, so ist hier der specielle thatsächliche Klaggrund, „daß der Kläger dem Beklagten ohne Verbindlichkeit 400 fl. aus entschuldbarem Irrthum bezahlt habe.“ Mögen nun auch die einzeln zergliederten Thatsachen, aus welchen jene Behauptung als wahr hervorgehen soll, verneinend seyn, wie es selbst im Wesen dieser Klage liegt [20]), so tritt doch zunächst wieder das allgemeine Princip ein, „jeder muß auch das Nichtseyn der Thatsachen beweisen, aus deren Nichtseyn er ein Klag- oder Exceptionsrecht ableitet“ [21]), und hierneben sprechen die, eine Rechtsvermuthung für den Empfänger hierunter verordnenden, Gesetze dem mit der condictio indebiti hervortretenden Kläger, wenn der Beklagte den Empfang zugestehet, die Beweislast ausdrücklich zu [22]), mit Ausnahme weniger Fälle, von welchen hier keiner eintritt [23]).

Wenn übrigens das oben vorgezeichnete Beweisthema nur soviel enthält: „daß bei der Abrechnung am 13. April 1813 die geklagten 400 fl. aus Vergessenheit außer Ansatz und Abzug geblieben seyen,“ so spricht die Wahrheit dieses facti den thatsächlichen Klaggrund der cond. *sine causa*, in Verbindung mit den eingeräumten, und also eines weitern Beweises nicht bedürfenden, Thatsachen der Geschichtserzählung von selbst und

---

19) M. Beitrag zu der Lehre von der Diligenz und Culpa u. s. w. S. 11. 14. 22. Note 6. 9. 15. Vergl. Note 24 a.

20) Sie ist ja gerade und nur für den Fall vom Gesetz gegeben, „wann jemand etwas bezahlt habe, was er zu bezahlen nicht schuldig gewesen sey.“

21) M. s. Note 17.

22) L. 25. pr. Dig. de prob. 22. 3. ibi verba: sin vero ab initio confiteatur rel.

23) L. all. 25. §. 1. Dig. 22. 3. Einem Gutspachter, der als freier Mann in ein Pachtverhältniß tritt, welches seinem Umfange und Betriebskreis nach besondere Kenntnisse und eine speculative Seelenthätigkeit erfordert, kann man als rusticum im gesetzlichen Sinn nicht ansehen. Vergl. verba leg. all. „vel *alia* simplicitate gaudens et desidiae deditus.“

Digitized by Google

vollkommen aus; erwogen, wenn der Kläger am 16. Nov. 1812 auf das fällig werdende Pachtgeld 400 fl. zum Voraus zahlte, am 15. April 1813 aber alles nach Michaelis 1812 bis Ostern 1813 fällig gewordene Pachtgeld bezahlte, alsdann der Rechtsgrund hinwegfiele, aus welchem der Verpachter am 16. Nov. 1812 die gedachten 400 fl. auf jenen Zeitraum zum Voraus empfangen hatte [24]). Nicht weniger aber erschöpfet eben jene Thatsache den besondern factischen Klaggrund der condictio *indebiti*, sezt man ihre Wahrheit in Verbindung mit dem eingeräumten Theil der Klagschrift. Denn zahlte B. am 15. April 1813 die am 16. Nov. 1812 voraus bezahlten 400 fl. Pachtgeld nochmals, m. a. W. blieben diese bei der Berechnung des von Michaelis 1812 an bis Ostern 1813 fälligen Pachtgeldes ausser Anrechnung, so zahlte B. am 15. April 1813 die Summe von 400 fl. zuviel, folglich indebite. Daß dieses aus einem entschuldbaren Irrthum geschehen sey, ist nicht unmittelbarer Gegenstand eines factischen Beweises, sondern Gegenstand der Reflexion und Folgerung des Richters aus den äußern in der Sinnenwelt erscheinenden Thatsachen — in dem vorliegenden Fall aus dem Vergessen bei der Berechnung. Auch die Wahrheit dieser oblivio aber läßt sich, deren Natur nach, nicht direct, sondern nur künstlich erweisen, und auf diesem Wege gehet ein Schluß auf ihr Daseyn schon aus der Wahrheit des Hauptfacti hervor, d. h. aus der Wahrheit der doppelten Zahlung der nämlichen Schuld. Vorsichtig, schuldlos, ist es zwar nicht, wann ein Hausvater eine bezahlte Schuld nochmals bezahlt; allein schuldlos stehet höher als entschuldbar; letzteres bezeichnet eine verzeihliche Schuld [24a]), und

---

24) Ja es läßt sich behaupten, daß in ausschließlicher Hinsicht auf die cond. sine causa die Worte: aus Vergessenheit, in dem Beweisthem fehlen könnten. Denn bei diesem Rechtsmittel machen die Gesetze den Irrthum, oder Ignoranz der Nichtverbindlichkeit, keinesweges zur Bedingung des speciellen Klaagrundes. Conf. Tit. Pandect. de conditione sine causa. 12. 7. Anders freilich, wann der Beklagte zu behaupten und zu beweisen vermag, der Kläger habe das, was er zurückfordert, in und mit der Ueberzeugung bezahlt, er sey hierzu nicht zwangspflichtig — habe wissentlich eine Nichtschuld entrichtet. Thibaut in den Vers. B. 2. Abh. 5. conf. leg. Note 28.

24a) Eine in dem eigenen Rechtsgebiete verschuldete kleine Abweichung von der diligentia, quam quivis paterfamilias idoneus rebus suis adhibet ist noch keine culpa lata — eigentliche Liederlichkeit. M. Beitrag zu der Lehre von der Diligenz und Culpa u. s. w. S. 11. Note 6. S. 14. Note 9. S. 22. Note 15. Jene verhältnißmäßig geringe Negligenz verdient also wenigstens dann Verzeihung, wenn der Andere aus ihr einen

zu der Strenge schritten die Gesetze nicht hinauf, jene Nachlässigkeit blos als solche mit dem Verlust [25]) des indebite Gezahlten zu bestrafen. Irrthum wird zwar solange nicht vermuthet, als der Zahlende nicht bewiesen hat, daß er eine Nichtschuld bezahlte; sobald er aber den Richter hiervon überzeugte, wendet sich das Blatt; nunmehr muß man die wider ihn streitende Rechtsvermuthung wenigstens als eine menschliche Vermuthung für ihn gelten lassen, nämlich: „er habe das Seinige nicht verschleudern wollen [26]). So, und da die L. 25. §. 1. Dig. 22. 3. nur *aliquam* justam ignorantiae causam als Bestandtheil des nöthigen Beweises gedenkt, rechtfertiget sich der Lehrsatz: „sey die Nichtschuld bewiesen, so sey der Ergänzungseid zum Beweis des Irrthums hinreichend“ [27]). Uebrigens ist auch noch zu erwarten, ob nicht der Kläger in dem ihm aufgelegten Beweis noch andere, sein Vergessen entschuldigende, Thatsachen erweisen werde. Das Wissen, man zahle eine Nichtschuld, ist der Schenkung gleich, zerstört jene Vermuthung des Irrthums und hiermit den factischen Klaggrund der condictio indebiti [28]) Wissen aber bezeichnet hier die im Augenblick der Zahlung in dem Zahlenden rege Vorstellung, er zahle, was er zu zahlen nicht zwangspflichtig sey. Das Wissen können fällt wieder in das Gebiet der Culpa zurück, mit deren Verzeihlichkeit im Gefolge [29]).

Eines Versprechens zu entrichtender Zinsen hat der Kläger nicht erwähnt, und die Urkunde schweigt ebenfalls. Ge-

---

an sich ungerechten Vortheil ziehen würde. L. 3. §. 1. L. 3. in f. L. 8. et 9. D. 22. 6. Anders, wann von dessen Beschädigung die Rede wäre. Hier tritt der Contrahent aus seinem Rechtskreis heraus.

25) Conf. L. 44. pr. D. 41. 2.

26) L. 25. pr. Dig. 22. 3.

27) Thibaut, a. a. O. §. 974. a. E. ibi Brunnemann. Hellfeld, in jus. for. §. 842.

28) L. 1. 24. et 26. §. 3. et 8. L. 62. Dig. 12. 6. L. 53. Dig. 50. 17. L. 9. Cod. 4. 5. L. 7. §. 2. Dig. 41. 4. L. 21. Dig. 5. 2.

29) Grobe Schuld, liederliche Unbedachtsamkeit, wird freilich auch auch hier nicht zu entschuldigen und vielmehr dem Wissen gleich zu achten seyn, L. 9. §. 2. Dig. 22. 6; allein wiederholt wurde schon gedacht, daß das Vergessen einer Post bei einer Berechnung, für sich allein betrachtet, die Merkmale einer groben Schuld noch nicht an sich trägt, sondern nur die einer levi latior. Vergl. Note 24 a.

Digitized by Google

setzliche Zinsen sind ausdrücklich abgeschnitten [30]), und auch die factischen Bedingungen der Verzugszinsen vom 16. Nov. 1812 oder vom 15. April 1813 an ermangeln [31]). Dort war eine willkührliche Vorausbezahlung; hier, auf die Berechnung vom 15. April 1813 hingesehen, war keine Pflicht des Beklagten vorhanden, dem jetzigen Kläger eine Zahlung zu leisten, sondern des letztern Befugniß, das in Anrechnung zu bringen, was er voraus bezahlt hatte. Eine Zwangsverbindlichkeit des Beklagten, jene 400 fl. nicht anzunehmen, ließe sich nur dann denken, wann sie derselbe wissentlich, er empfange eine Nichtschuld, von dem irrigen Pachter angenommen hätte [32]). Davon enthält jedoch die Klage nichts. Ohne diese Voraussetzung müßte aber jeder Empfang einer Nichtschuld den Empfänger in moram versetzen — ein Princip, welches mit den Gesetzen im Widerspruch stehet [33]). Wohl aber sind Verzugszinsen auch in Ansehung des cond. indebiti von der Zeit an denkbar, wo der Beklagte durch die Mittheilung der Klage von der gerichtlichen Forderung des Klägers in Kenntniß, hierdurch aber — seine Zwangspflicht zur Zahlung und seine Verurtheilung vorausgedacht — in malam fidem et moram versetzt wurde [34]).

---

30) L. 1. Cod. 4. 5.

31) In dem unwissentlichen Annehmen einer Nichtschuld und deren Ansichbehalten bis zur Rückforderung liegt gar noch kein Grund, anzunehmen, der Empfänger sey in mora. Das ist wohl der Blick der L. 1. Cod. cit. Billigkeitszinsen hat das Gesetz nicht verordnet; es hat vielmehr der Empfänger die Qualität eines Besitzers im guten Glauben, welcher den gezogenen Nutzen gewinnt. M. vergl. Glück zu Hellf. §. 825. und Höpfner zu Heinec. §. 956. ibi all.

32) Dann fände die condictio *furtiva* statt auf Zurückgabe der 400 fl. mit allen Nutzungen von der Zeit des Empfanges an, L. 3. et 8. pr. et § 2. Dig. 13. 1, statt deren bei Geldsummen Verzugszinsen gefordert werden können. Semper enim moram fur facere videtur L. 8. §. 1. in fine, L. 20. in fine Dig 13. 1. Will aber der Kläger auf diese Nebenentschädigung Verzicht leisten und nur das indebite gezahlte Hauptobject verlangen, so kann er auch in jenem Fall des Wissens des Empfängers die condictio indebiti wählen. §. 14. Inst. 4. 6. L. IV. D. 13. 1. L. 37. D. 12. 6. Wußte auch der Zahlende, daß er indebite zahle, so ist der Empfänger kein fur, sondern es ist der Zahler einem Schenker gleich, der aus eigner Willkühr den Empfänger in den Besitz setzt.

33) L. all. 1. Cod. 4. 5.

34) Martin, in dem Lehrb. d. g. h. Proc. §. 142. ibi leg.

Digitized by Google

Darum wurde das erste Erkenntniß auch in Hinsicht der Zinsenberechnung vom 15. April 1813 mit Recht ausdrücklich aufgehoben, und in Ansehung der Verzugszinsen überhaupt, weil deren Grund von dem Resultat des Beweises in der Hauptsache mit abhängt, der deshalbige Streitpunkt bis zu dem Enderkenntniß ausgesetzt.

XXVIII.

Ein Beitrag zu der Lehre von der quasipupillaris substitutio.

Von

Dr. C. Zimmern, Privatdocenten des Rechts zu Heidelberg.

Es ist bereits in diesem Archive [1]) schon von der durch Justinian in L. 9. C. de impub. substit. „ad exemplum pupiliaris“ eingeführten Substitution die Rede gewesen. Ein kleiner Nachtrag über eine dort nicht besprochene und doch wohl noch nicht mit der gehörigen Schärfe beantwortete Frage, ist hier vielleicht nicht am unrechten Orte. — Muß nämlich der Testator die Notherben dessen berücksichtigen, dem er substituirt? Der Kaiser sagt: „wenn die Eltern blos wahnsinnige Descendenten haben, so müßten sie diesen zwar einen Pflichtheil geben, könnten ihnen selbst aber „quos voluerint substituere, ut occasione hujusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris, querela nulla contra testamentum eorum oriatur.“ Diese Regel ist so bestimmt und allgemein, daß sie durchaus keine andere Beschränkung leidet, als welche sich der Kaiser nachher selbst macht, indem er mit „ita tamen ut“ so fortfährt, „si postea resipuerit vel resipuerint talis substitutio cesset.“ Dies ist klar und gehört nicht hieher. Nun folgt aber: „vel si filia aut alii descendentes ex hujusmodi mente capta persona sapientes sint: *non liceat* parenti, qui vel quae testatur *alios quam ex eo descendentes, unum vel certos vel omnes substituere.*“

---

1) B. II. H. 1. nr. V.

haben also die Wahnsinnigen verständige Descendenten, so muß der Parens diese substituiren, zwar nach eigener Auswahl, so ferner mehr als Einer da ist, aber doch immer nur diese, und (das ist die nicht zu übersehende Hauptsache) darf durchaus keinen Fremden einsetzen [2]), wiewohl ihm nicht verboten ist, die Substituirten) so weit es nach allgemeinen Principien geschehen kann, mit Legaten zu beschweren. „Hat aber," meint der Kaiser weiter, „der Testator auch noch selbst verständige Kinder, der Wahnsinnige aber keine verständigen Descendenten, dann sollte in Hinsicht jener Kinder (nämlich der vom Testator selbst stammenden Geschwister der Wahnsinnigen) [3]) dasselbe eintreten: „ad fratres eorum unum vel certos vel omnes eandem fieri substitutionem oportet." Es ist also in beiden Fällen nicht genug, daß solche Personen eingesetzt, sondern auch, daß keine Fremden daneben gerufen worden, während der Parens nach Willkühr testiren kann, sobald seine wahnsinnigen Kinder keine verständigen Descendenten oder von ihm selbst stammende verständige Geschwister haben. Also die wahnsinnigen Descendenten oder Geschwister haben eben so wenig, wie die übrigen verständigen Notherben (z. B. die nicht vom Parens stammenden Geschwister oder Ascendenten der andern Linie) dessen, dem substituirt worden, ein Recht zur Beschwerde, da sie nicht mehr unter die von Justinian gemachten Beschränkungen seiner allgemeinen Regel subsumirt werden können. Diese Regel gestattet aber völlige Freiheit der Substitution, ohne daß „bei Gelegenheit derselben irgend eine Beschwerde geführt werden dürfte:" und darf dieses nicht geschehen, so ist es auch ungesetzlich, wenn manche den Testator nöthigen wollen, den wahnsinnigen Kindern einen Pflichttheil zu geben.

---

2) Auch schon die alte im Falle eines erhaltenen kaiserlichen Rescripts gestattete Substitution des Vaters für sein wahnsinniges oder stummes Kind, wurde sogar ipso jure rumpirt durch einen nachgebornen suus desselben „nec enim aut patrem aut principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea naxeretur, exheredaret," L. 43. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

3) Thibaut Pand. §. 703. a. E. Nicht aller Geschwister, wie sich Mackeldey Institut. 2te Aufl. §. 475. ausdrückt. — Aber Geschwister müssen es seyn, also nicht auch andere Descendenten des Testators, die von dem mente captus Oheime (Tanten) oder Neffen wären.

4) Z. B. Mackeldey a. a. O.

Digitized by Google

XXIX.

Kurze Bemerkung über das vertragsmäßig vorbehaltene Eigenthum an der verkauften und tradirten Sache.

Von Gensler.

Der das Kaufgeld creditirende Verkäufer behält sich oft das Eigenthum an dem tradirten Object des Kaufes bevor, bis dahin, wo das Kaufgeld bezahlt sey. Man ist bis jetzt darüber nicht einig, ob ein solches reservirtes dominium den Grund einer Vindication im Sinne des römischen Rechts abgeben könne, oder nur ein Vorzugsrecht bezeichne, welches jedes Pfandrecht, auch das privilegirte, überwinde? Auf jeden Fall aber gestattet man dem Gläubiger, fällt der Käufer in Concurs, ein Separationsrecht. Nimmt man nun ein dominium an, so stellt man doch die Frage: ist ein Aufschieben oder ein Auflösen des Eigenthums an der verkauften Sache anzunehmen? [1])

Sprechen Landesgesetze, oder ein bewiesenes Gewohnheitsrecht, für die letzte Deutung, oder nur für die Eigenschaft eines überwindenden Pfandrechts, oder gehet aus dem Kaufvertrag selbst hervor, welcher Sinn des reservati dominii in der Vorstellung und Absicht der Contrahenten lag, so ist die Streitfrage entschieden. Wenn hingegen der Richter nur in dem gemeinen Hülfsrecht die Entscheidung zu suchen hat, so läßt sich nicht absehen, was ihn befugen könne, das Wort Eigenthum und Vorbehalt hier uneigentlich zu nehmen. Ein gemeines vaterländisches Gesetz ist dafür nicht vorhanden; und kennen auch die Römer ein pactum reservati dominii dem Namen nach

1) Vergl. Schneider, (Pr. Wahl) diss. de valididate et effectu reservationis dominii rel. in securitatem residui pretii rel. Goett. 1753. Fetzer (Pr. Gmelin) diss. de jure separat.

Digitized by Google

nicht, so ist es doch gewiß dem Geist ihrer Gesetze nicht fremd [2], vielmehr nach selbigem, im Gefolge genereller Principien, erlaubt worden. Die römischen Gesetze kennen nicht nur ein contractlich bedungenes Wiederauflösen des Eigenthums an einer tradirten Sache, sondern auch die den Uebergang des Eigenthums aufschiebende Bedingung [3], so wie man sich, nach ihrer Verordnung, bei Veräußerungen Rechte aller Art reserviren kann [4]. Jenen Hülfsgesetzen gemäs gehet das Eigenthum der verkauften und tradirten Sache vor der Zahlung des nicht creditirten Kaufgeldes nur dann über, wenn dieses gestundet wird, und dadurch die Natur eines Darlehens annimmt [5]. Dieser Rechtssatz verstehet sich von selbst, als conditio tacita des Kaufcontracts [6]. Creditirt nun zwar der Verkäufer, setzt aber sogleich hinzu: „ich will jedoch mein Eigenthum durch die Uebergabe nicht fortpflanzen, sondern dieses, zur Sicherheit des Kaufgeldes, bis zu dessen Zahlung mir vorbehalten," so wäre es doch sonderbar, diesen Nebenvertrag für unrömisch zu erklären, oder unter dem ausdrücklich vorbehaltenen dominio des Verkäufers ein anderes Eigenthum als dasjenige zu verstehen, welches der Verkäufer zeither hatte, und noch zur Zeit nicht aufgeben will. Jener Vorbehalt sagt ja nichts anders, als: so wie es dann zu halten wäre, wenn das nicht creditirte Kaufgeld nicht gezahlt würde, so soll es jetzt gehalten werden, obgleich ich das-

---

quod exorto super bonis emtoris concursu venditori in re vendita competit. Tub. 1799. Hertius de reservato dominio (in opusc. Vol. 2. 3) Goessel, de vi reservati dominii rel. Col. 1793. Widow, diss. de dominio mercium, interven. tit. recogn. transmiss. motu concursu creditoribus cedente. Schiller, in exerc. ad Pandect. Ex. 30. §. 56. et 76. Leyser, in med. ad Pand. 479. med. 5. Bolley von öffentlichen Unterpf. Tüb. 1813. u. and. In das specielle einzugehen, ist hier nicht Zweck.

2) Wenigstens sehr ähnliche Verträge bezeichnen L. 20. et 21. D. 19. 2. L. 20. Dig. 43. 26.

3) L. 2. pr. L. 4. et 16. Dig. 18. 2. L. 3. Dig. 18. 1. L. 8. pr. D. 18. 6. L. 38. §. 1. Dig. 41. 2. L. 41. pr. Dig. 6. 1. L. 1. seqq. Cod. 4. 54.

4) L. 38. Dig. 2. 14. L. 19. Dig. 8. 1. L. 6. Dig. 8. 4. L. 9. Cod. 4. 54. Leg. cit. not. 3. u. 7.

5) §. 41. Inst. 2. 1. L. 5. §. 18. Dig. 14. 4. L. 19. Dig. 18. 1.

6) Von einem Creditgeben (welches auch stillschweigend geschehen kann, Gmelin, Ordn. der Gläubiger, Cap. 1. §. 10.) ist auch zu verstehen L. 18. Cod. 3. 32.

Digitized by Google

selbe creditire. „Und für die wirkende Gültigkeit eines solchen pacti adjecti spricht schon der Contrahenten gesetzliche Befugniß, in dem Gebiete ihres Privatrechts, namentlich bei dem Kauf und Verkauf, von der allgemeinen Regel des Gesetzes abzuweichen [7]).

Die nämlichen Rechtsmittel also, welche dem Verkäufer dann offen stehen, wenn er bei der Tradition das Kaufgeld nicht creditirte, müssen ihm auch in dem Falle gebühren, wenn er es zwar stundet, jedoch das im ersten Fall ihm verbleibende Eigenthum contractlich sich vorbehält. So ist also für ein Aufschieben, nicht aber für ein Wiederaufkösen zu vermuthen, und noch weniger ein Mittelding zwischen dominium und Hypothek zu fingiren.

XXX.

Ueber die Wirkung eines bei Gelegenheit des Beweises zum ewigen Gedächtnisse abgelegten Geständnisses.

Von Mittermaier.

Am 20. Oct. 1817 stellte der Bauer A. Klage gegen den Gutsbesitzer B. auf Entschädigung an, weil er dem B. einen Bauernhof um einen hohen Preis nur unter der ausdrücklichen Bedingung abgekauft habe, daß ihm B. auch die Aufsicht über alle dem B. gehörigen Waldungen übertragen wolle, dabei B. versprochen habe, daß dem A. dieser Dienst in den ersten Jahren 800 fl. in den folgenden 400 fl. eintragen solle. Da Beklagter dies Versprechen nicht gehalten habe, so forderte Kläger Entschädigung. Wenige Tage nach eingereichter Klagschrift bat der Kläger um Vernehmung einiger sehr bejahrter Zeugen in perpetuam rei memoriam; das Gericht deferirte dem Gesuche; der Beklagte übergab in der Zwischenzeit seine Exceptionsschrift und läugnete darin die vom Kläger vorgebrachten Behauptungen. Zugleich

---

7) L. 11. Dig. 19. 1. L. 21. Dig. 19. 2. L. 43. Dig. 2. 14. L. 52. pr. Dig. 45. 1. L. 23. Dig. 50. 17. L. 1. §. 6. Dig. 16. 3. Nov. 36. Cap. 1.

Digitized by Google

hat auch der Beklagte, um, wie er sagte, reprobando zu beweisen, daß man auch seine Zeugen zum ewigen Gedächtnisse vernehmen möchte. Er übergab Beweisartikel, in welchen (Art. 1) wörtlich vorkam: wahr, daß ich B. dem A. den Holzforst nur auf sein bloßes Wohlverhalten zusicherte und beisetzte, daß ihm die Holzaufsicht das erste Jahr zwischen 600 — 800 fl. tragen könnte. Der Kläger acceptirte in der Replikschrift das in den Beweisartikeln des Beklagten gemachte Geständniß, zeigte, daß Beklagter selbst nicht das Versprechen des Forstaufseherdiensts geläugnet, sondern blos eine Bedingung, das Wohlverhalten, hinzugesetzt habe. Das Landgericht interlocquirte nach eingereichter Duplikschrift: daß Kläger zu beweisen habe: es sey bei dem zwischen ihm und B. über den Bauernhof abgeschlossenen Kaufe zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden, daß Verkäufer dem Käufer die Aufsicht über das Holz überlasse und daß ihm dieser Dienst in den ersten Jahren 800 fl. trage. Dieser Rechtsfall veranlaßt die Frage: inwieferne ein bei Gelegenheit des Beweises zum ewigen Gedächtnisse gemachtes Geständniß den Gegner vom Beweise befreie, oder von ihm benützt werden könne? Es scheint zwar 1) daß im vorliegenden Falle sich alles um den Punkt drehte, ob B. dem A. bei dem Kaufe den Holzförsterdienst wirklich zusicherte. Ist dies zugestanden, so scheint es auch als unstreitig keines Beweises zu bedürfen. Da nun B. in seinen Beweisartikeln ausdrücklich dies gestand, aber hinzusetzte, daß er nur Wohlverhalten des A. den Dienst zusicherte, so scheint A. ein gerichtliches Geständniß seines Gegners für sich zu haben, und es schien höchstens, daß dem B. der Beweis aufgelegt werden müsse: daß er sein Versprechen vom Wohlverhalten abhängig gemacht habe. Allein 2) genau betrachtet muß das gerichtliche Interlocut doch gerechtfertiget, und dem Geständnisse die Kraft abgesprochen werden, den Kläger vom Beweise zu befreien; wobei es ohnehin nicht entgehen kann, daß Beklagter sehr ungeschickt sich ausdrückte, als er vom Gegenbeweise sprach, während noch kein Beweis vorhanden war. a) Die Grundlagen im Processe bilden nach dem Zwecke der Periode des Schriftenwechsels die ersten vier Schriften; nur jene Antwort, welche nach ergangener richterlicher Aufforderung von einer Partei gegeben wird, entscheidet darüber, was die Partei zugegeben oder geläugnet habe; und alles, was darin geläugnet ist, muß auch dem Richter als streitig erscheinen, und muß Gegenstand seiner Beweisauflage seyn. b) Das Gesuch um Beweis zum ewigen Gedächtnisse kömmt in einem Processe immer nur als zufällig vor, und ist, so wie man das Gesuch ohnehin nicht als einen Theil der streitigen Gerichtsbarkeit betrachten kann, so anzusehen, als wenn es ohne Rücksicht auf den Proceß vor-

Digitized by Google

käme; es ist daher die Schrift, in welcher darum gebeten wird, kein Theil des Hauptprocesses, ist in keinem inneren Zusammenhange, und der Hauptproceß geht immer seinen Gang fort, gerade so, als wenn keine probatio ad p. r. m. vorhanden wäre; der Richter kann also auch von dem Resultate der letzteren, wenn die Parteien nicht ausdrücklich wollen, nichts ableiten, und die Schrift darf daher den Richter bei Fällung des Interlocuts nicht bewegen. c) Da derjenige, welcher Beweis zum ewigen Gedächtnisse nachgesucht hat, nach einer richtigen Theorie auch das Recht hat, diesen Beweis fallen zu lassen, oder ihn nicht zu benützen, ohne daß daraus auch der Gegner ein Recht für sich ableiten kann, so kann er dies auch mit seinen Beweisartikeln thun, und es ist dann die Schrift um Beweis z. e. G. so anzusehen, als wenn sie nie bei den Acten gewesen wäre; der Richter darf daher, ehe die Beweisinstanz begonnen hat, daraus kein Beweisresultat ableiten, da er nicht weiß, ob der Producent sie benützen werde. d) Es kann selbst dem angeblichen Geständnisse in den Beweisartikeln gar nicht die Eigenschaft des animi confitendi zugesprochen werden, um so mehr, als die Beweisartikel sich nur auf die vorgekommenen processualischen Schriften gründen, neue Thatsachen gar nicht in sich aufnehmen dürfen, und überhaupt nur für die Zeugen, um ihre Vernehmung zu leiten, bestimmt sind. e) Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der Producent, wenn er den ihm aufgelegten Beweis antritt, dies in den Artikeln abgelegte Geständniß seines Gegners wenigstens als adminiculum benützen kann, ohne daß ihn deswegen der Richter völlig vom Beweise hätte befreien dürfen.

Zusatz:

Schon die älteren Proceßlehrer stritten über den Satz: articulans an fateatur [1]). Gewiß hat auch die Wirkung eines Geständnisses ihre Beschränkungen, und insonderheit giebt eine confessio inter alios facta dem Richter keinen Ueberzeugungsgrund [2]). Allein jedes im Verhältniß zu einem bestimmten Gegner in der nämlichen Sache und in den nämlichen Acten

---

1) Hommel, in Rhaps. qu. for. Obs. 363. ibi Wernher, Schwendendörfer, Brunnemann.

2) Archiv B. 1. Heft 1. S. 31. u. 32.

Digitized by Google

geschehene Geständniß, antwortend oder selbst behauptend [3]), unter der Rubrik einer Einrede [4]), oder in der Form eines Beweisartikels, muß ein Geständniß seyn und bleiben und dessen Wirkung haben [5]). Es bedarf keiner Acceptation, und kann von der freiwillig selbstgeständigen Partei ohne Beweis eines Irrthums nicht revocirt werden. Ist ein solches Geständniß qualificirt, so ist es als solches zu beurtheilen [6]). Dieses möchte in dem obigen Fall eintreten, und daher die obige Entscheidung dennoch als richtig bestehen. Von einer bessern Antwort kann hier die Rede nicht seyn.

Gensler.

---

3) Gegenseitige identische Behauptungen produciren die Harmonie.

4) Archiv, a. a. O. S. 45.

5) Nimis enim indignum judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id *in eundem casum* infirmare. L. 13. in f. Cod. 4. 30. Cap. 10. X. 2. 19.

6) Archiv, a. a. O. S. 45. a. E. d. Not. ***.

Druckfehler.

im ersten und zweiten Hefte des zweiten Bandes.

S. 85. Z. 20. st. Antiquitäten l. Ambiguitäten.
— 159. Z. 21. st. der Einlassung l. die Einlassung.
— — Z. 22. fehlt hinter Klage ein Comma.
— 163. (153) Z. 11. fehlen hinter Beweise die Worte: durch den Eid.
— 164. Z. 16. st. Anfang l. Antrag.
— 168. Z. 27. st. Wetsch l. Welsch.
— 212. Z. 24. fehlen hinter Compensation die Worte: ipso jure.
— 213. Z. 2. fehlen hinter unterlag d. W. in Anspruch nehmen kann.

Digitized by Google

Archiv
für die
civilistische Praxis.

Zweiter Band. Drittes Heft.

XXXI.

Betrachtungen über die Schenkung auf den Todesfall, ihren eigentlichen Character, und ihre bisher allgemein angenommene Wiederruflichkeit.

Von dem

Etats- und Obergerichtsrath von Schirach, zu Glückstadt.

§. 1.

Entwicklung des Begriffs der Schenkung von Todeswegen, in Rücksicht auf die Bildung und die allgemeinen Merkmale desselben.

Im ganzen Gebiete des Römischen Rechts erscheint uns kein Geschäft, das aus so gemischten Grundsätzen abgeleitet ist, das auf einer so komplicirten Basis beruht, als die Schenkung auf den Todesfall. Sie ist eine Amalgamirung fremdartiger abgeleiteter Rechtsbegriffe, die in allen ihren Merkmalen von einander abweichen. Denn wie heterogen sind nicht die Principien von Vertrag und letzten Willen! Es ist fast kein Punkt denkbar, wo die Scheidelinien beider nicht in einander laufen. Ein letzter Wille setzt eine einseitige Handlung voraus, die erst durch den Tod des handelnden Subjects in der Welt der Er-

scheinungen wirksam wird. Dahingegen ist gegenseitige Einwilligung und Wechselhandlung zweier Subjecte von Rechtsverhältnissen die wesentliche Bedingung eines jeden Vertrags, dessen Wirkungen allein durch den gemeinschaftlichen Willen beider Paciscenten determinirt werden können. Aus so verschiedenen Rechtsgeschäften bildete sich die donatio mortis causa (Schenkung von Todes wegen oder auf den Todesfall), deren Definition erst weiter unten angegeben werden kann, weil sie von den Resultaten mehrerer vorgängiger Erörterungen abhängt. Diese Art von Schenkungen schwebt zwischen Vertrag und letzten Willen, neigt sich bald auf die Seite des einen, bald auf die des andern, und indem sie von beiden einen Theil ihrer Merkmale entlehnt, formirt sie so einen eigenen juridischen Begriff, der die Vereinigung theoretischer Widersprüche in sich verwirklicht.

§. 2.

Geschichte dieses Lehrsatzes.

Wenn ein so fremdartig zusammengesetztes Geschäft, wie die Schenkung auf den Todesfall ist, ohnehin schon geeignet war, Verschiedenheit der Meinungen zu veranlassen, so mußte dies um so mehr in Rom der Fall seyn, wo durch die Vorschriften des alten Rechts noch mehrere Ungewißheit entstand. Nach diesem konnte nämlich, wie die älteren Bearbeiter der Römischen Rechtsgeschichte annahmen, keine Schenkung durch einen bloßen Vertrag, durch ein pactum nudum, vollzogen werden. Nach der Hypothese von Cujas, der solchergestalt den Anfang von Ulpians Fragmenten zu ergänzen wagt, nach Brummer [1]) und Bach [2]), verordnete nämlich ein aus den mittlern Zeiten des Freistaats herrührendes Gesetz, die Lex

1) F. Brummer Commentarius ad legem Cinciam. Lutet. Paris. 1661. 4.

2) J. A. Bach Historia Jurisprudentiae Romanae. Lib. II. Cap. 2. Sect. 1. §. 34.

Digitized by Google

Cincia, im Jahr 550 nach der Erbauung Roms, daß zu allen Schenkungen die Mancipation der Tradition als nothwendiges Requisit hinzukommen müßte. Durch die Tradition wurde das Eigenthum nach dem natürlichen Rechte übertragen, während die Mancipation, die bekanntlich weder eine Bedingung noch Zeitbestimmung gestattete, auf dem Fundamentalgesetz der zwölf Tafeln beruhte. Gegen diese Vorstellungsart und den solchergestalt durch eine willkührliche Conjectur des Cujas (D. Ulpiani Fragmenta T. I. §. 1.) erzeugten Irrthum in der Rechtsgeschichte hat sich freilich der scharfsinnige Hugo [3]) erhoben, welcher zeigt, daß die Lex Cincia de donis et muneribus nur das Geben oder das Nehmen von Geschenken für gerichtliche Reden verboten habe, und daß man sonst nichts von diesem Volksschlusse wisse. Dem sey indeß wie ihm wolle, und mag auch die Lex Cincia wenig oder gar nichts für das Privatrecht enthalten haben, so war doch die donatio mortis causa von der eigentlichen Schenkung sehr verschieden, da bei ihr erst nach dem Tode des Schenkers das Eigenthum auf den Donatar übergieng. Sehr natürlich wurden indeß die alten Römischen Juristen zweifelhaft, nach welchen Principien sie die Schenkung auf den Todesfall, vorzüglich in Rücksicht ihrer Form, beurtheilen, und ob sie dieselbe unter die Classe von Schenkungen, oder von Vermächtnissen bringen sollten [4]). Es entstanden zwei Parteien, wovon die eine diese, die andre jene Meinung annahm.

Höchst wahrscheinlich war dies einer von den Streitpunkten, worüber die berühmten Secten der Proculejaner und Cassianer mit einander kämpften. Auch über diese Schulen, deren Bedeutung und Einfluß auf das Civilrecht man sehr zu bezweifeln anfieng, haben die von Niebuhr zu Verona

---

3) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian. Sechste Auflage. §. 171.

4) J. L. E. Püttmanni miscellaneorum liber singularis. Cap. 16. p. 86. sqq.

Digitized by Google

1816 gefundenen Institutionen von Gajus ein neues Licht verbreitet. Er nennt sich selbst einen Anfänger der Schule von Sabinus und Cassius [5]), und setzt es außer Zweifel, daß unter den Cassianern und Proculejanern auch noch lange nach Hadrian bedeutende Verschiedenheiten der Rechtsansichten obwalteten. Zu diesen Differenzen gehört aller Vermuthung nach die Beurtheilung des Characters der Schenkung von Todeswegen. Wenigstens ist es durch die klaren Worte eines Gesetzes in dem Römischen Rechtsbuch [6]) bewährt, daß die Cassianer die Schenkung auf den Todesfall als eine eigentliche einfache Donation betrachteten. Dies Gesetz sagt: Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit: scilicet ut cum convaluerit, reddatur sibi. Nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi re non secuta. Die Voraussetzung, daß die Proculejaner die entgegengesetzte Theorie vertheidigt hätten, stützt sich zwar nur auf eine Hypothese, gegen die sich mehrere Argumente anführen ließen [7]); allein sie hat das für sich, daß, bei zweifelhaften Rechtssätzen, die eine Schule das Gegentheil von dem vertheidigte, was die andre aufstellte.

Wichtiger, als in die auch durch Gajus noch nicht aufgehellte Nacht dieser Secten-Streitigkeiten einzudringen, wichtiger und belehrender ist es, den historischen Faden dieses Lehrsatzes in der goldenen Periode der höchsten wissenschaftlichen Ausbildung der Jurisprudenz bei den Römern aufzunehmen. In diesem glänzenden Zeitalter dauerte der Streit über die Natur der donatio mortis causa unter den berühmtesten Rechtslehrern fort. Julius Paullus schlug sich zur Partei der Cassianer; er nahm an, daß das Eigenthum der verschenkten

5) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. §. 317.

6) L. 35. §. 3. D. de mortis causa donationibus et capionibus.

7) Mascov Diatriba de Sectis Sabinian. et Procul. Cap. 9. p. 242. sq.

Digitized by Google

Sache sogleich auf den Donatar übertragen werde, und daß dabei eine wahre einfache Schenkung vorgehe [8]). Auf der andern Seite standen ebenfalls zwei große Autoritäten, nämlich Salvius Julianus und Domitius Ulpianus. Diese zählten die Schenkungen von Todeswegen unter den Gattungsbegriff der Vermächtnisse, und wendeten die Regeln von diesen auf jene an [9]). Die merkwürdigste Wirkung der Verschiedenheit dieser beiden Meinungen äußerte sich in Betracht der Klage, womit der Schenker die geschenkte und bereits tradirte Sache wieder zurückfordern konnte. Nach der einen stand ihm zu diesem Zweck nur eine persönliche Klage, nämlich die condictio causa data, causa non secut., nach der andern aber eine dingliche Klage zu.

§. 3.

Fortsetzung.

So waren die Meinungen über diesen Gegenstand bis auf die Zeiten Justinians getheilt. Dieser Reformator des Römischen Rechts entschied die streitige Frage, indem er der letzten von den beiden angeführten Theorieen die Sanction seines Beifalls gab, und die Schenkung auf den Todesfall den Legaten gleichsetzte. Er verordnete nämlich, daß die donatio mortis causa keiner gerichtlichen Insinuation, noch der Gegenwart öffentlicher Personen, noch sonstiger vorher üblichen Förmlichkeiten bedürfe, sondern daß zu ihrer gültigen Vollziehung nur die Gegenwart von fünf Zeugen erforderlich sey, und daß sie in allen ihren Wirkungen einem letzten Willen gleich seyn solle.

---

8) L. 35. §. 3, D. de mortis causa donationibus etc.

9) L. 17. D. eod. tit., wo es heißt: Donationes m. c. legatorum instar obtinent. L. 1. §. 1. D. Si quid in fraudem patroni. M. c. donationes comparantur legatis. L. 3. §. 17. D. de bonis libertorum. M. c. donationes vice legatorum funguntur. Nov. 87.

Digitized by Google

Diese Disposition enthält L. 4. C. de donationibus causa mortis [10]) mit folgenden Worten:

> ita res procedat, ut si quinque testibus praesentibus, vel in scriptis, vel sine litterarum suppositione, aliquis voluerit mortis causa donationem facere: et sine monumentum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et nullam in ea calumniam accipiat, neque propter hoc, quod gesta non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur, et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates; neque ex quacunque parte absimilis eis intelligatur.

Durch diese Verfügung wurde der Schenkung von Todes wegen eine einzig mögliche Form vorgeschrieben, und der ihr eigenthümliche Character der Anomalie auf das festeste begründet. Sie schien nunmehr mit der Schenkung blos noch den Namen gemeinschaftlich zu haben und nichts weiter als ein Vermächtniß zu seyn. Aber das schien auch nur so. Noch wurde dadurch aller Unterschied nicht verwischt. Es blieben vielmehr zwischen beiden und ihren wesentlichen Merkmalen noch wichtige Gränzlinien, die der folgende §. zeichnet.

§. 4.

Bestimmmung der Scheidungslinien zwischen der Schenkung auf den Todesfall und dem Vermächtnisse.

Schon der Hauptcharacter des Legats, daß die Antretung der Erbschaft die Bedingung seiner Realisirung ist, wird bei der Schenkung von Todes wegen vermißt. Ihr drückt allein der Tod des Schenkers das Siegel der Bestätigung und der vollendeten Wirksamkeit auf, die der Römer ihr beim Leben des Schenkenden nicht beilegte, und ihre Gültigkeit ist unabhängig

---

10) Vergl. auch §. 1. Inst. de donationibus. Nov. 87.

Digitized by Google

von der Antretung der Erbschaft [11]). Sie erfordert ferner die Fähigkeit des Donatars, das Geschenkte zu erwerben, nur zu der Zeit, da der Schenker stirbt, ohne daß der Moment der Schenkung dabei in Betracht kommt [12]), dahingegen die Strenge der Catonianischen Regel diese Eigenschaft bei dem Legatar nicht allein nach jenem Zeitpunkte, sondern auch nach der Errichtung des Testaments beurtheilt [13]). Auch darin weicht die donatio mortis causa von dem Legat ab, daß es als Eine Schenkung betrachtet wird, und auf die Erben des Donatars übergeht, wenn die Erfüllung derselben jährlich erneuert wird [14]). Ganz ein anderes Princip legen die Gesetze dem legato annuo zum Grunde; sie nehmen hier nicht die Existenz eines, sondern mehrerer Vermächtnisse an, und verfügen, daß ein solches Legat nicht auf die Erben übergehe, sondern mit dem Tod des Legatars erlöschen solle [15]). Ein viertes wesentliches Merkmal der Schenkung auf den Todesfall ist dieser so ausschließend eigen, daß es der Natur eines Legats ganz widerspricht. Ungeachtet die Römischen Gesetze nämlich die donatio mortis causa für widerruflich erklärten, so gestatteten sie dennoch eine Bedingung, unter welcher sie unwiderruflich wurde, so erlaubten sie, daß der Donator sich vollkommen verbindlich machen kann, die Schenkung nicht zu revociren [16]). Ein Versprechen, welches nicht analogisch auf das Vermächtniß ausgedehnt werden kann, und welches, wenn es bei demselben Statt gefunden haben sollte,

---

11) L. 32. D. de mortis causa donationibus.

12) L. 22. D. eodem titulo.

13) §. 4. Inst. de heredum qualitate et differentia.

14) L. 35. §. 7. D. de m. c. donationibus.

15) L. 4. L. 11. D. de annuis legatis et fideicommissis.

16) L. 13. D. de m. c. donation. Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit ejus repetitio. L. 27. D. eod. tit. L. 35. §. 4. D. eod. tit. Nov. 87. cap. 1.

Digitized by Google

ganz ungültig und kraftlos seyn würde [17]). Merkwürdig ist es ferner, daß der in der väterlichen Gewalt sich befindliche Sohn mit Einwilligung seines Vaters befugt ist, eine Schenkung von Todes wegen zu errichten, da er doch selbst mit dessen Erlaubniß weder ein Testament, noch ein Codicill machen, und folglich auch keine Vermächtnisse aussetzen kann [18]). Wichtiger aber, als alle bisher entwickelten fünf Merkmale der Abweichung dieser beiden, in so mancher andern Hinsicht ähnlichen und übereinstimmenden, Institute von einander ist der letzte Hauptunterschied, daß zu der Schenkung auf den Todesfall die Acceptation des Donatars durchaus erforderlich ist, daß sie ohne dieselbe nicht bestehen kann. Dies macht das Characteristische der donatio mortis causa aus — dies ist die auszeichnendste Scheidelinie derselben von dem Legat und jedem bloßen letzten Willen überhaupt.

§. 5.

Erörterung der Streitfrage, ob die Acceptation ein wesentliches Erforderniß der Schenkung von Todes wegen ist.

Diese Frage wird verschieden beantwortet. Mevius [19]), Böhmer [20]), Voorda [21]), Struk [22]), Leyser [23]),

---

17) L. 22. D. de legatis III.

18) L. 25. §. 1. D. de m. c. donation. Filiusfamilias, qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest. Voorda interpretationes. Lib. 3. cap. 19.

19) Mevii Decisiones. Part. VI. Decis. 331. et 333.

20) J. H. Boehmer consultat. et Decisiones. T. II. P. I. Resp. 752. N. 17.

21) Voorda interpret. L. 3. c. 19.

22) Usus modernus Pand. Tit. de m. c. don. §. 1.

23) Spec. 438. med. 5.

Digitized by Google

Müller [24]), Höpfner und Weber [25]), Hofacker [26]), Thibaut [27]) u. a. m. vertheidigen die Nothwendigkeit der Acceptation des Donatars. Minder zahlreich ist die Partei der Gegner, die den Satz aufstellen, daß eine nicht acceptirte und in der Abwesenheit und ohne Wissen des Donatars gemachte Schenkung auf den Todesfall rechtsbeständig sey. An ihrer Spitze steht Püttmann [28]), der mit vielem Scharfsinn und Gelehrsamkeit die für seine Meinung streitenden Scheingründe aus einander gesetzt und mehrere neuere Schriftsteller zu Nachfolgern gehabt hat [29]), nachdem Ludwig [30]), Richter [31]) und Winkler [32]) bereits vor ihm diese Bahn betreten hatten. Diese Controverse hat nicht allein ein theoretisches Interesse, sondern sie ist auch von folgenreicher practischer Wichtigkeit. Zu ihrer Entscheidung führt am zweckmäßigsten die Untersu-

---

24) Observ. ad Leyser. Obs. 697.

25) Commentar §. 414.

26) Principia juris civil. T. II. §. 1010.

27) System des Pandectenrechts. §. 908.

28) Püttmann Progr. de mortis causa donatione absente licet et ignorante donatario facta, jure valida. in ejusdem Miscellaneorum lib. sing. l. 16. p. 78. sqq.

29) Unter andern F. Mackeldey Lehrbuch des heut. Röm. Rechts. 2te Auflage. 1818. §. 540. Overbeck Meditationen 7. Bd. 370. Med.

30) J. S. de Ludewig Diss. de differ. juris rom. et germanici in donatione et barbaro adnexa acceptatione diff. 2. et 3. in Diss. select.

31) Richter Diss. de acceptatione in donatione m. c. non necessaria. Lips. 1744.

32) E. G. de Winkler progr. de donatione et adversus ejus acceptationem observationes grammaticae. in ejusdem opuscul. minor. Vol. II. p. 99. sqq.

Digitized by Google

chung der Principien, welche das antejustinianeische Recht bei der donatio mortis causa befolgt, indem man die ältere und die neuere Periode von einander absöndert.

§. 6.

Das Pandectenrecht begründet die Nothwendigkeit der Acceptation.

Wenn die Gesetze so deutlich reden, wie L. 38. D. de mortis causa donationibus: wo Marcellus sagt:

> Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa ceperit, est earum rerum differentia. Nam mortis causa donatur, quo praesens praesenti dat: a mortis causa capi intelligitur, et quod non cadit in speciem donationis.

so kann nur die offenbarste Willkühr der Auslegung ihren Sinn entstellen. Aus dem angeführten Fragment der Pandecten geht unwiderleglich hervor, daß die donatio mortis causa, da sie die Gegenwart des Schenkers so wie des Beschenkten erfordert, stets gegenseitige Einwilligung voraussetzt. Diesem entscheidenden Argumente haben die Gegner vorzüglich den Einwurf entgegenzusetzen gesucht, daß der alte Jurist hier nur von dem rede, was gewöhnlich zu geschehen pflege [33]). Wohin würde aber eine solche Hermeneütik leiten? Marcellus giebt in der L. 38. offenbar das Criterium an, wodurch sich die Schenkung von Todes wegen von der mortis causa capio unterscheidet, und seine Absicht geht dahin, ihre wesentliche Eigenschaft zu bestimmen. Von gleichem Gewicht sind die Einwendungen gegen die verschiedenen, in den Pandecten enthaltenen, Beweise von Schenkungen auf den Todesfall, die ohne Wissen des Donatars geschehen waren und nun als Fideicommisse aufrecht er-

---

33) Püttmann de m. c. donatione absente licet et ignorante donatario facta jure valida p. 84. Richter Dissert. de acceptat. in donat. m. c. non necessaria. §. 16.

Digitized by Google

halten wurden [34]). Wozu bedurfte es hier einer der Billigkeit wegen speciell ertheilten Wohlthat, wenn das Geschäft als Schenkung hätte gelten können? Beinahe noch wichtiger ist in dieser Hinsicht ein anderes von Ulpian herrührendes Fragment [35]), welches meines Wissens von denjenigen, die die entgegengesetzte Meinung behaupten, nicht erwähnt, viel weniger aber widerlegt worden ist. Es erhellt aus den daselbst angeführten Fällen, daß, wenn der Donatar abwesend war, die Acceptation für ihn durch eine andere Person interponirt wurde. Dies wäre ja aber eine ganz unnütze Weitläuftigkeit gewesen, wenn eine Schenkung auf den Todesfall an einen Abwesenden hätte geschehen können.

Diese Gründe erhalten durch die allgemeine Verfügung einer klaren Gesetzstelle [36]) ein noch größeres Gewicht. Zufolge derselben müssen bei Schenkungen beide Pacisceenten ihre Willensmeinung äußern, und beiderseits ihren Consens erklären, wenn das von ihnen unternommene Geschäft irgend eine Wirkung haben soll. Dies Gesetz beschränkt sich aber nicht auf die Schenkung unter Lebenden, sondern begreift auch die donatio

---

34) Merkwürdig sind die Rechtsfälle, die Papinian vorträgt L. 75. pr. D. de legatis II. Miles ad sororem epistolam, quam post mortem suam aperiri mandavit, talem scripsit: Scire te volo, donare me tibi aureos octingentos. Fideicommissum deberi sorori constitit, nec aliud probandum in cujuslibet suprema voluntate. Placet enim consistere fideicommissum, ac si defunctus, cum eo loquatur, quem precario remuneratur. L. 77. §. 26. D. eod. tit.

35) L. 11. §. 2. sq. D. de donationibus inter virum et uxorem.

36) L. 55. D. de obligationibus et actionibus. In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat, oportet, affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive *donatio*, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, produci ad effectum (id) quod inchoatur, non potest:

Digitized by Google

mortis causa unter seiner generellen Disposition. Ulpian selbst begegnet dem Einwurfe, daß eine Schenkung unter Lebenden eine eigentliche wahre Schenkung sey, und daß daher nur allein diese verstanden werden müsse, wenn die Gesetze, ohne sich näher zu bestimmen, im allgemeinen von der Donation redeten. Er sagt nämlich in seinem Werke über das Edict [37]), daß das Wort donatio jede Schenkung umfasse, sie möge auf den Todesfall, oder unter Lebenden geschehen seyn.

Aus diesem allem ist man berechtigt, das Resultat herzuleiten, daß die Acceptation der Schenkungen von Todeswegen im Recht der Pandecten gegründet ist, daß sie nach demselben ein wesentliches Erforderniß dieses Rechtsgeschäfts ausmachte, und sich, wie Ludwig a. a. O. sich ausdrückt, vor den Zeiten Justinians im Heiligthum der Themis befand. Es hängt daher die Beantwortung der Streitfrage nur davon ab, ob die Reformation, die das Römische Recht unter diesem Kaiser erlitt, sich auch auf diesen Gegenstand erstreckte, und ob Justinian die Nothwendigkeit der Acceptation aufhob oder unverändert ließ.

§. 7.

Das Justinianeische Recht hat die nothwedige Acceptation der Schenkung auf den Todesfall nicht aufgehoben.

Der Sitz dieser Controverse sind die drei bereits oben bei der Geschichte dieses Lehrsatzes angeführten Gesetzstellen [38]). Vorzüglich dreht sich der Streit um die berühmte L. 4. C. de donat. c. m. Diejenigen, welche behaupten, daß Justi-

---

37) L. 67. §. 1. de V. S. Donationis verbum simpliciter loquendo, omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa, sive non mortis causa fuerit.

38) L. 4. C. de donationibus causa mortis. §. 1. Inst. de donationibus. Nov. 87.

Digitized by Google

nian die Schenkung von Todes wegen einem letzten Willen in allem Betracht und insbesondere in Rücksicht der Acceptation gleich gesetzt habe, geben von jenem Gemeinsatz Modestins aus, daß die späteren gesetzlichen Verfügungen den früheren vorgehen [39]). Hierauf gründen sie den Schluß, daß die neue Justinianeische Gesetzgebung die älteren Bestimmungen des Civilrechts entkräfte. Durch diese sey eine völlige Gleichheit zwischen dem Vermächtniß und der Schenkung auf den Todesfall entstanden, und so wenig wie bei jenem der Legatar acceptiren oder persönlich zugegen seyn müsse, so wenig sey auch bei der donatio mortis causa die Gegenwart oder Acceptation des Donatars erforderlich [40]).

Das Trügerische dieser Vorstellung kann indeß der Critik nicht entgehen. Justinian hebt selbst das Allgemeine seiner Ausdrücke über die Aehnlichkeit der Vermächtnisse und Schenkungen von Todes wegen durch die Aeußerung auf, daß die letzten fast in allen Stücken zu den Legaten gezählt werden sollten [41]). Gesetzt aber auch, er hätte dies nicht einmal so gesagt, gesetzt, diese merkwürdige Stelle befände sich nirgends im Römischen Gesetzbuche, würde man selbst alsdann die Behauptung begründen können, daß das Legat und die donatio mortis causa so vollkommen gleich wären, daß alle die wichtigen practischen Unterschiede, die den Gesetzen zufolge zwischen beiden Statt finden, und die oben im 4ten §. entwickelt sind, dadurch verwischt würden? Würde man z. B. befugt seyn, anzunehmen, daß die Gültigkeit der Schenkung auf den Todesfall von der Antretung der Erbschaft abhängig sey, daß die Errichtung derselben dem in der väterlichen Gewalt befindlichen Sohne auch mit Einwilligung seines Vaters nicht erlaubt wäre? Diese Gränzlinien

---

39) L. 4. D. de Constitutionibus Principum.

40) Püttmann l. c. p. 88. sqq. 96. sq.

41) §. 1. Inst. de donationibus: a nobis constitutum est, ut m. c. donatio per omnia *fere* legatis commumeretur.

Digitized by Google

anzuerkennen, können aber auch diejenigen nicht umhin, die eine so unbedingte Gleichheit beider Rechtsinstitute annehmen.

Wenn übrigens die Vertheidiger dieser Meinung eine Stütze derselben darin finden wollen, daß Justinian, indem er der Schenkung von Todes wegen eine neue Form vorschrieb, der Acceptation nicht erwähnte, wenn sie daraus folgern, daß es unwahrscheinlich sey, daß er dieselbe für nothwendig geachtet habe [42]), so darf man vielmehr ihre eigne Waffe gegen sie wenden. Eben deswegen, weil Justinian der donatio mortis causa eine neue Form gab, und dabei nichts von der Aufhebung der Nothwendigkeit der Acception, die vorher doch offenbar existirte, sagte, zugleich jedoch mehrere wichtige Merkmale der Verschiedenheit zwischen dem Legat und der Schenkung auf den Todesfall unberührt ließ, ferner weil er diese in ihrer neuen Gestalt immer eine Schenkung nannte, muß man annehmen, daß er die Nothwendigkeit der Acceptation nicht aufgehoben habe, da er unstreitig sonst ausdrücklich über diesen Gegenstand verfügt haben würde [43]). Es kommt noch ein Hauptargument hinzu, welches der Verfasser dieser Abhandlung in allen von ihm über diese Frage nachgelesenen Schriften nicht benutzt fand. Man hat es nämlich nicht beachtet, daß die merkwürdige L. 4. C. de donationibus c. m. unter die Zahl der bekannten fünfzig Decisionen gehört, die in den Codex eingeschaltet worden sind; sie hat überdies die antiquarische Auszeichnung, daß sie grade die fünfzigste und letzte Entscheidung ist. Die neuere Rechtsgeschichte läugnete zwar, daß durch die 50 Decisionen die Streitigkeiten der Proculejaner und Cassianer entschieden worden seyen; allein der dem Schutte des Alterthums kürzlich entrissene Gajus [44]) hat die ältere Theorie wie-

---

42) J. L. Klüber in der kleinen juristischen Bibliothek, B. IV. St. 13. S. 19. Püttmann l. c. p. 494.

43) Müller ad Leyserum. Observat. 697. p. 156.

44) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. 6te Auflage. S. 560. §. 329.

Digitized by Google

der zu Ehren gebracht, wonach der Zweck dieser Verordnungen Justinians dahin gieng, streitige Rechtsfragen zu entscheiden. Die alten Rechtsgelehrten, deren Zwistigkeiten der Gesetzgeber schlichten wollte, waren vorzüglich aber nur über die Form der Schenkung auf den Todesfall uneinig. Unbestrittene Fragen wollte Justinian nicht entscheiden, und es war unter den Juristen seines Zeitalters unbestritten, daß die Schenkung auf den Todesfall eben so gut, wie die Schenkung unter Lebenden, eine Acceptation erfordre, wie eben dargethan ist. Daher kann nach den Regeln einer richtigen Hermeneutik diese Entscheidung nicht auf die Nothwendigkeit der Acceptation ausgedehnt werden, welche Justinian vielmehr ganz unverändert ließ. Man darf der erwähnten L. 4 C. keinen, der Absicht ihres Urhebers widerstreitenden, Sinn unterlegen; sie sagt mit klaren Worten nichts andres, als daß die Schenkung auf den Todesfall alle Wirkungen eines letzten Willens haben solle, die Form derselben aber insoweit erneuert sey, daß die Gegenwart von fünf Zeugen erfordert werde, deren es vorher nicht bedurfte. Auch steht die Meinung, daß die Acceptation ein wesentliches Erforderniß der Schenkung von Todes wegen sey, der Gerichtsgebrauch zur Seite, wie die angesehensten Practiker, Mevius [44]), Böhmer [45]), Leyser [46]), Höpfner [47]) u. a. bezeugen.

§. 6.

Die Schenkung von Todes wegen ist ein Vertrag. Definition derselben.

Durch diese Deduction der Nothwendigkeit der Acceptation

---

45) Die 331ste und 333ste Decision im 6ten Theile seiner Decisionen betreffen zwei Rechtsfälle, die nach diesen Grundsätzen entschieden sind.

46) In seinen Consultat. et Decis. T. II. p. I. resp. 752. no. 17.

47) Spec. 438. Medit. 5.

Digitized by Google

wird die Natur dieses Rechtsgeschäfts und folgende Definition desselben begründet. Die Schenkung auf den Todesfall ist nach Römischen Rechtsansichten ein Vertrag (acceptirtes Versprechen) wodurch eine Freigebigkeit in Beziehung auf den Tod des Gebers [48]) unter der Bedingung ausgeübt wird, daß sie erst durch jenen Tod Vollkommenheit erlangt [49]). Wenn die donatio mortis causa daher auch in ihrer Form und Wirkung in einen letzten Willen übergeht, wenn die Contraste ihrer Merkmale ein Rechtsgeschäft bilden, welches gegen alle Rechtsanalogie anstößt, so heben doch diese Anomalien den ihr eigenthümlichen Character nicht auf, welcher darauf beruht, daß von der einen Seite ein Versprechen geschieht, und daß dieses von der andern Seite angenommen wird. Sie ist und bleibt unter allen Umständen und Bedingungen ein Vertrag [50]).

§. 9.

Die Schenkung auf den Todesfall ist ein Erbvertrag.

Forscht man nun diesem Resultat und den darin liegenden Kriterien schärfer nach, fragt man weiter: zu welcher Gattung von Verträgen die Schenkung auf den Todesfall gehört? so führt diese Untersuchung zu einer neuen eigenen Ansicht. Das Object der donatio mortis causa ist das künftige hinterlassene

---

48) In seinem Commentar über die Institutionen. §. 414. no. 5 a.

49) L. 1. pr. D. de m. c. donat. enthält die legale Definition: Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult, quam eum, cui donat: magisque eum, cui donat, quam heredum suum. In Rücksicht der Bestimmtheit macht sie ihrem Urheber Marcian keine Ehre.

50) Mit Recht bemerkt Weber zu Höpfners Commentar, §. 414. 6. daß, wenn keine Acceptation bei dieser Art Schenkungen erforderlich wäre, gar nicht abzusehen sey, wie die Classiker sie hätten unter die Verträgenehmen können.

Digitized by Google

Vermögen, oder doch ein Theil der Güter eines noch lebenden Menschen — sie kann alle Güter desselben, sie kann auch nur einen Theil seines Nachlasses betreffen — ein andrer erwirbt sich darauf durch Acceptation der ihm versprochenen eigenthümlichen Uebertragung ein Recht — allein dieses Recht kommt erst durch den Tod des einen Contrahenten zur Ausübung, der Moment desselben wird der Anfang des Besitzes des andern Paciscenten. Alle diese Merkmale hat die Schenkung von Todeswegen aber mit den Erbverträgen gemein. Beide haben gleiche Eigenschaften. Die Schenkung auf den Todesfall ist daher im Grunde nichts anders, als ein modificirter Erbvertrag, ein pactum hereditarium acquisitivum. Dies ist der Gesichtspunkt, aus welchem man am leichtesten zu der Auflösung des Problems gelangt, weshalb bei den Römern der donator mortis causa seine Schenkung bis auf den letzten Augenblick seines Lebens revociren, und die auf gegenseitige Einwilligung gegründeten Ansprüche des Donatars einseitig wieder aufheben konnte.

§. 10.

Die Schenkung von Todes wegen ist nach Römischen Rechte widerruflich. Grund dieser Widerruflichkeit.

Der Sanction deutlicher Gesetze zufolge [51]) reift die donatio mortis causa erst durch den Tod des Schenkers zur Vollkommenheit. Sie ist durch dessen Willkühr bis zu diesem Zeitpunkt bedingt; er kann sie stündlich widerrufen, und alles Effects berauben, bloß aus dem innern Motiv der Reue, ohne

---

51) L. 32. D. de m. c. donationibus: Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur. L. 34. in fine D. eodem. L. 4. §. 1. D. de doli mali et metus exceptione. L. 4. C. de donation. c. m. Omnes effectus sortiatur donatio mortis causa, quas ultimae habent liberalitates.

Digitized by Google

seinen veränderten Entschluß durch äußere rechtliche Ursachen begründen zu müssen. Denn das Recht des Donatars ist unvollkommen und prekär, ist gewissermaßen eine bloße Hoffnung [52]). Hierdurch unterscheiden sich vorzüglich die Schenkung unter Lebenden und die auf den Todesfall. Jene ist in der Regel irrevocabel, und wenn ihre Erfüllung auch bis zum Tode des Schenkers suspendirt ist, so wandelt dies ihr eigentliches Wesen doch nicht um.

Die Frage nach dem Grunde dieser Widerruflichkeit hat keine Schwierigkeiten, wenn man in der Schenkung von Todeswegen einen Erbvertrag erkennt. In vielen Aussprüchen der Römischen Gesetzgebung äußert sich ihr Haß gegen die pacta successoria. Sie waren, mit einziger Ausnahme der Fälle, wo ihr Gegenstand die künftige Verlassenschaft einer dritten unbestimmten, oder in den Vertrag einwilligenden Person ist, verboten, und bewirkten unter den Pacisicirenden keine Verbindlichkeit [53]). Die Quelle, aus der dies Verbot floß, war theils die Besorgniß, daß das Leben des Erblassers durch solche Verträge bedroht würde, theils der nur durch die gesetzliche Kraft eines Testaments unwirksam werdende Anspruch der Intestaterben, theils endlich die Ansicht des öffentlichen Römischen Rechts, welches seit den ältesten Zeiten alle Erbfolge als eine Staatsangelegenheit ansah.

Wenn die richterliche wie die gesetzgebende Gewalt in Rom nun aber in der Schenkung auf den Todesfall alle Merkmale der ihr so gehässigen Erbverträge wieder fand; was war natürlicher, als daß sie diese ebenfalls mit ungünstigen Augen betrachtete? Sie versagte ihr die Wirkung eines zweiseitigen Willensacts, und ertheilte dem Schenker volle Freiheit, einseitig von dem geschlossenen Vertrage wieder abzugehen. Der

---

52) Stryk Usus mod. Tit. de m. c, donat. §. 6.

53) L. 15. C. de partis. L. 19. C. eod. L. 30. C. eod. L. 34. C. de transact. L. 3. §. 2. D. pro socio.

Digitized by Google

Römer handelte hier ganz folgerecht. Weil die donatio mortis causa auf der andern Seite aber einer letzten Willenserklärung so gleich kam, wich er einigermaßen von dieser Strenge wieder ab. Hatte doch auch das Verbot der Erbverträge verschiedene Ausnahmen! Die Gesetze verordneten daher, daß die Schenkung von Todes wegen durch den Tod des Schenkers bestätiget werden und eine vollkommene Gültigkeit erlangen sollte. Sie giengen noch weiter, sie erkannten das Versprechen des Schenkers, „nie die Schenkung auf den Todesfall zu revociren," als eine vollkommene Verbindlichkeit an, und erlaubten den Paciscirenden; dies Geschäft in ein unbedingtes zu verwandeln [54]). Dennoch behielt die donatio mortis causa übrigens alle die characteristischen Eigenschaften eines Erbvertrags.

§. 11.

Sind diese Römischen Grundsätze auf das jetzt in Deutschland geltende Recht anwendbar?

Als die Deutschen das Römische Recht in ihre Gerichtshöfe aufnahmen, waren Erbverträge bei ihnen eine tägliche Erscheinung. Seit alten Zeiten hatte die Gewohnheit sie unter höhern und niedern Ständen eingeführt. Die Nationalsitte heiligte die Erbverträge, und die ängstlichen Rücksichten der Römer fielen bei den Deutschen weg. Daher ließen sie sich das eigenthümliche Rechtsinstitut durch die Einführung des Justinianeischen Gesetzbuchs nicht rauben. — Die Vorschriften, die dasselbe über diesen Gegenstand enthält, kamen nicht zur Anwendung; sie wurden durch eine allgemeine Gewohnheit entkräftet.

Wenn man die Römischen Grundsätze heutzutage aber nicht mehr auf die Erbverträge anwendet, verräth es denn Consequenz, diese Principien einem zweiseitigen Geschäfte anzupassen, das unter jenen Gattungsbegriff subsumirt werden muß? Die

---

54) L. 13. D. de m. c. donationibus, L. 27. D. eod. tit. L. 38. §. 4. D. eod. tit. Nov. 87. cap. 1.

Digitized by Google

Schenkung auf den Todesfall ist ein Erbvertrag; die Regel, die von diesem gelten, treten daher auch bei ihr in Kraft, da hier kein Grund zu einer Ausnahme vorhanden ist. Die Erbverträge sind bei uns unwiderruflich. Eben sowohl muß die Schenkung auf den Todesfall nach deutschen Rechten unwiderruflich seyn. Es entspringt aus diesem zweiseitigen Geschäft eine Verbindlichkeit, die nicht einseitig, sondern nur durch den übereinstimmenden Willen beider Contrahirenden wieder aufgelöst werden kann. Der Schenker darf die von dem Donatar acceptirte donatio mortis causa nicht revociren. Sie hat nach unsern Rechtsbegriffen von dem Augenblick des gegenseitig erklärten Consenses an eine Gültigkeit, die durch den Tod des Schenkers nicht besiegelt zu werden braucht. Dieser bestimmt nur den Zeitpunkt ihrer Realisirung, ist der Moment, wo das von Anfang an vollkommene Recht des Donatars in Ausübung kömmt, und eine Klage hervorbringt. Auf das Wesen, auf die Verbindlichkeit des Vertrags selbst, kann er keinen Einfluß haben. Die Schenkung von Todeswegen ist nach dieser, aus deutschen Rechtsgrundsätzen hervorgehenden, Ansicht ein Vertrag, wodurch eine Freigebigkeit ausgeübt wird, die vermöge der hinzugefügten Bezeichnung auf den Tod des Gebers erst im Moment desselben in Wirksamkeit tritt.

§. 13.

Ausnahmen.

Diese neue Theorie von der jetzigen Unwiderruflichkeit der Schenkungen auf den Todesfall gestattet indeß einige Ausnahmen. Da die Acceptation des Donatars zu der Schenkung von Todeswegen durchaus erforderlich ist und den wesentlichen Character derselben ausmacht, so ist es unleugbar, daß keine Verbindlichkeit für den Schenker existirt, wenn sie fehlt. Man kann diesen Fall jedoch kaum als eine eigentliche Ausnahme ansehen. Denn hier ist keine wahre Schenkung vorhanden. Wenn daher keine Acceptation erfolgt ist, wenn der Donatar nicht gegenwärtig war, oder wenn er

Digitized by Google

seine Willensbestimmung nicht äußerte, kann die donatio mortis causa nicht wie eine Schenkung, sondern nur wie ein Vermächtniß betrachtet werden. Sie ist eben so prekär wie ein Vermächtniß, und der Schenker ist bis zum letzten Augenblicke seines Lebens berechtigt, sie zurückzunehmen und sie völlig wirkungslos zu machen.

Eine zweite Ausnahme hat in dem Falle Statt, wenn sich der Schenker ausdrücklich die Zurücknahme vorbehalten hat. So wie es den Paciscirenden bei allen Verträgen freisteht, die Bestimmungen derselben zu modificiren und sie durch angehängte Bedingungen zu ändern, so schließt auch die donatio mortis causa den Schenker nicht von der rechtlichen Möglichkeit aus, diesen Vertrag von seiner Willkühr abhängig zu machen. Er kann sich bei der Errichtung der Schenkung auf den Todesfall die Befugniß vorbehalten, sie zu widerrufen. Ist diese Bedingung hinzugefügt, dann sinkt das sonst vollkommene Recht des Donatars zu einer bloßen Hoffnung herab und dann kann die Schenkung, wie bei den Römern, zu jeder Zeit zurückgenommen werden. Ausnahmen sind indeß nicht zu vermuthen, und der Schenker, der sein Recht, die Schenkung auf den Todesfall zu revociren, auf diese Bedingung stützen will, ist verpflichtet, die Hinzufügung derselben zu beweisen. Gleichviel muß es jedoch seyn, ob der Schenker das Recht des Widerrufs ausdrücklich sich vorbehielte, oder erklärte: „er wolle die Schenkung nach den Principien des Röm. Rechts vollziehen, oder beurtheilt wissen. Höbe ein Landesgesetz die Gültigkeit der Erbverträge auf, so würde auch in diesem Fall die donatio mortis causa unter die Herrschaft des römischen Rechts zurückfallen, insoferne dieses als Hülfsrecht im Hintergrund stände.

Digitized by Google

XXXII.

Theoretisch-practische Bemerkungen über die Anerkennung — Agnition und Recognition — der schriftlichen Beweisurkunden, deren Anerkennung durch Instruments- und andere Zeugen, den Diffessionseid, die Handschriftvergleichung, und andere Aechtheitsbeweise [1].

Von Gensler.

In dem Civilproceß unterscheidet man gewöhnlich zwischen Agnition und Recognition einer Urkunde [2]. Diese Benennungen, welche das teutsche Anerkennung zusammen begreift, sind nur doctrinelle Kunstnamen. Die Römer brauchen bekanntlich das Wort agnoscere und recognoscere oft als gleichbedeutend; jedoch bezeichnet das recognoscere auch noch besonders ein Wiedererkennen — ein wiederholtes Anerkennen. Dieses ist nun auf solche Privaturkunden anwendbar, welche der Product selbst ausstellte. Denn hierdurch agnoscirt er zugleich das Document, als von ihm herrührend; und wird ihm nun in der Folge das nämliche Document zur Erklärung vorgelegt, ob es von ihm ausgestellt sey, diese seine Antwort aber fällt bejahend aus, so enthält diese beifällige Erklärung ein recognoscere. Die öffentliche Urkunde hingegen hat nicht den Producten zum Autor, sondern eine öffentliche Behörde. Daher bediente man sich in Ansehung der dem Producten zur

1) Vergl. Martin, Lehrbuch des teutsch. gem. bürgerl. Processes. §. 196. 202. 203. und die dortige Litteratur.

2) Archiv B. 1. S. 55. f.

Anerkennung vorgelegten öffentlichen Documente nur des allgemeinern Wortes agnoscere. Scharf genommen sollte man dieses Wort auch auf diejenigen Privaturkunden anwenden, welche von dem Producten selbst nicht herrühren, jedoch gegen ihn Beweiskraft haben [3]); allein weil doch die Privaturkunden obiger Art die Regel sind, so erstreckte man das recognoscere auf alle Privaturkunden, und verknüpfte hiermit noch einen in der Doctrin und Praxis sehr bedeutenden, ja herrschenden, Nebenbegriff, nämlich den einer ausdrücklichen Erklärung über die Aechtheit irgend eines vorgelegten beweiskräftigen Privatdocuments. Es seyen nun diese Kunstnamen zu tadeln oder zu loben, so führt doch derselben Verschiebung und Verwechselung zur Verwirrung und selbst zu irrigen Grundsätzen.

1) Anerkennung einer Urkunde ist nichts anders, als ein Geständniß ihrer Aechtheit [4]). Dieses Geständniß kann auch hier seyn, entweder a) ausdrücklich, oder b) stillschweigend, oder c) fingirt, als Folge der ungehorsamen Verweigerung zur zwangspflichtigen Erklärung über den Aechtheitspunkt, ja d) auch qualificirt, im Sinne des Civilprocesses [5]). Die von dem Producenten ausgehende Aufforderung an den Producten, „dieser solle sich über die Thatsache der Aechtheit, d. h. wegen der Anerkennung der Urkunde erklären," ist eine Aufforderung zur Antwort auf des Producenten Behauptung der Aechtheit. Durch diese Antwort des Producten soll die factische Streitfrage über den Präjudicialpunkt der Aechtheit festgestellt und deren besonderer Beweis durch das Geständniß des Antworters unnöthig werden; so wie dieses der Zweck aller Antworten auf eine gegnerische relevante Behauptung ist [6])

2) Jede Thatsache oder Behauptung aber, welche schon bewiesen ist, oder nach dem Willen des Gesetzes für erwiesen geachtet werden soll, ist nicht Gegenstand eines weitern Beweises [7]), und also auch nicht Gegenstand einer speciellen Antwort des Gegners, wider welchen die Behauptung zu beweisen war. Hierdurch nun entstehet ein Unterschied

---

3) Archiv B. 2. S. 4. lit. D.

4) Archiv B. 1. S. 59. f.

5) Vergl. zu a. b. c. u. d. Archiv, B. 1. S. 43. f.

6) Vergl. Archiv, B. 1. S. 41. f. §. 7.

7) Archiv, B. 1. S. 264. f. §. 10. u. S. 330. f. §. 18.

Digitized by Google

zwischen der Anerkennung einer öffentlichen Urkunde und der einer Privaturkunde. Zunächst bezeichnet man diesen Unterschied des Aechtheitsbeweises, oder des Weges zu diesem, durch das Princip: „documenta publica sind nur zu agnosciren, documenta privata hingegen zu recognosciren.“ Weil nämlich

a) die öffentliche Urkunde der Regel nach zugleich auch die in die äußern Sinne fallenden Merkmale der Aechtheit, das öffentliche Siegel u. s. w., an sich trägt, weil das Gesetz vorschreibt, wo die notorischen Formbedingungen des öffentlichen Glaubens als vorhanden sich zeigen, da soll hiermit der Richter zugleich auch von dem Ursprung des Documents, so wie von der Wahrheit dessen Inhalts, so lange vollüberzeugt seyn, bis der Product diese gesetzlich vorgeschriebene Ueberzeugung des Gerichts legal zu entkräften vermag, so bedarf es auch keines zweiten Weges zum Ziel jener richterlichen Ueberzeugung [8]). Und darum bedarf es auch keiner positiven Erklärung des Producten über die Aechtheit der öffentlichen Urkunde. Allein der directe Gegenbeweis wider obige einfache Rechtsvermuthung kann ihm so wenig abgeschnitten werden, als gewiß er diesen auch indirect, d. h. künstlich führen darf, durch sogenannte Einreden, deren Wahrheit mit jener präsumtiven Aechtheit im Widerspruch stehet [9]). Damit nun dieser Theil seines Gehörs und seiner Vertheidigung nicht gefährdet werde, so ist ihm, dem Producten, auch das Corpus der öffentlichen Urkunde im Original vorzuzeigen, um die Merkmale der Aechtheit prüfen und Merkmale oder Gründe der Nichtächtheit, Fälschung u. s. w., angeben zu können [10]). Bei dieser Vorzeigung der Urschrift, Production, kann er über die Aechtheit des Documents ausdrücklich beifällig sich erklären, allein er darf [11]) auch gänzlich schweigen, will er die Aechtheit und deren vorliegende Merkmale nicht anfechten. Schweigt er nun, wendet er gegen die Aechtheit der öffentlichen Urkunde nichts ein, so hat er diese agnoscirt. Und damit muß der Producent sich begnügen — er kann den Producten nicht nöthigen, ausdrücklich über die Aechtheit sich zu erklären. Denn ein doppelter Beweis ist zwecklos [12]).

---

8) Archiv, B. 1. S. 60.

9) Vergl. Archiv, B. 2. S. 7. Note 19. a. E.

10) Archiv, B. 1. S. 51.

11) Wenn nicht Landesgesetze ihn zur ausdrücklichen Erklärung anstrengen. Schaumburg, in princ. prax. jud. pag. 319. not. ed. 1794.

12) Archiv, B. 1. S. 340. §. 18.

Digitized by Google

Tritt hingegen der Producent mit einer kahlen Verneinung der Aechtheit hervor, ohne Merkmale oder factische Gründe der Unächtheit anzugeben und diese nachzuweisen, so bleibt obiger äußere Aechtheitsbeweis des Producenten mit der hiermit verbundenen Rechtsvermuthung stehen, und der Producent ist nicht befugt, jene bereits bewiesene Aechtheit durch den sogenannten Dissessionseid als nicht wahr darzustellen. Daher der Grundsatz: öffentliche Urkunden bedürfen der Recognition nicht, und lassen die Dissession nicht zu.

Wenn jedoch jener Aechtheitsbeweis einer angeblich öffentlichen Urkunde an und mit dieser nicht vollüberzeugend gegeben ist, so darf und muß der Producent derselben Original dem Producten mit der Aufforderung vorzeigen, „über die Aechtheit ausdrücklich sich zu erklären, d. h. sie ausdrücklich zu agnosciren — nach obigem Nebenbegriff, sie zu recognosciren. Verneint in diesem Fall der Producent die Aechtheit, erkennt die Urkunde in der Qualität einer öffentlichen nicht an, so muß der Producent ihre Aechtheit, die Qualität einer öffentlichen Urkunde, eben so beweisen, wie er dieses in Hinsicht auf eine andere vom Gegner verneinte Behauptung zu thun schuldig ist [13]). Bedarf der Beweis jener Qualität eines Urtheils Sachverständiger, so kann er insoweit weder durch Zeugen, noch durch Eidesdelation geführt, und eben so wenig durch einen gesetzlichen Eid ergänzt oder aufgelöset werden [14]). Insoferne hingegen die qualitas publica als eine historische Thatsache sich darstellen läßt, können, nach der Natur der Sache, weder die Eidesdelation, noch Zeugen, als Beweismittel der Aechtheit ausgeschlossen seyn [15]). Im letzten Fall ist dann auch die Anwendung der gesetzlichen Eide denkbar. Das juramentum dissessionis im Sinne der teutschrechtlichen Proceßtheorie [16]) findet jedoch hier nicht statt, will man von dem nicht unmöglichen Fall einer vertragsmäßigen Uebereinkunft absehen [17]).

---

13) Archiv, B. 1. S. 51. f. Note ***.

14) Archiv, B. 1. S. 52. Note **.

15) z. B. daß der als Gränzstein zweifelhaft vorliegende Stein einst von geschwornen Feldmärkern kraft ihres Amtes als Gränzstein gesetzt worden sey.

16) S. unten lit. B. S. 324. und Archiv, B. 2 S. 8. f.

17) z. B. der Producent forderte jenen Eid und der Producet erklärte sich bereitwillig zur Ableistung; oder der Producet erböte sich zuerst hierzu, der Producent aber willigte ein. Das Dispositionsrecht der Parteien wird auch hier wirksam. Martin §. 100.

Er ist nur für Privaturkunden berechnet, und leidet als singulär keine Ausdehnung. Der Product darf also die Ableistung eines ihm angesonnenen Diffessionseides verweigern, ohne Gefahr, daß die Urkunde für anerkannt geachtet werden könne. Will ihm der Producent in jenem zissorischen Gebiete den Schiedseid antragen, so muß diesem das juramentum calumniae vorausgehen; auch stehet dann dem Producten die Erlaubniß zu der Zurückschiebung des Haupteides, so wie zu der Gewissensvertretung, gesetzlich offen [18]). Und diese Vortheile kann ihm der Producent durch das Ansinnen eines Diffessionseides nicht entziehen. Hingegen

b) die Privaturkunden, so wie auch selbst die documenta quasi publica, tragen die beweisenden Kennzeichen ihrer Aechtheit nicht an sich. Die Beweiskraft solcher Documente hängt zunächst ab von der Wahrheit der ihren Inhalt bekennenden oder genehmigenden Namensunterschrift des angeblichen Autors [19]). und daß jene von diesem oder dessen zu selbiger Bevollmächtigtem wirklich vollzogen worden sey, ist eine vom Producenten behauptete Thatsache, von welcher der Richter zuförderst von Außen her überzeugt werden muß, ehe er den Inhalt der Urkunde als Beweisgrund ansehen darf. Die Schriftzüge einer Privatperson, oder ihr Privatsiegel, sind für den Richter nicht notorisch. Die bloße Privaturkunde und das documentum quasi publicum [20]) sind also dem Producten in der Urschrift nicht bloß zu dem Zweck einer stillen An- und Einsicht, sondern auch zur ausdrücklichen Erklärung vorzulegen, „ob er ihre Aechtheit zugestehe oder nicht," d. h. ob er zugebe oder nicht, „daß die Urkunde den zum Autor habe, welchen der Producent in solcher in Bezug auf ihre Unterschrift angegeben hat," desgleichen, ob er das Document, dessen Inhalt nach, für dasjenige gelten lasse, wofür der Producent es ausgiebt [21]). Die beifällige Erklärung des Producten wird, wie schon oben bemerkt, in Bezug auf jede Privaturkunde, Recognition genannt. Mit dieser ist der Aechtheitsbeweis gegeben und beendiget. Der Product ist zwangspflichtig zu jener ausdrücklichen Erklärung über die Aechtheit, zur Antwort

---

18) Nach den allgemeinen Principien von dem angetragenen Eid. Martin §. 215. f.

19) Archiv, B. 1. S. 62. Note *** a. E.

20) Archiv, B. 1. S. 59. Note *.

21) Archiv, B. 1. S. 59.

Digitized by Google

auf des Producenten Behauptung der Aechtheit [22]); und wenn er also diese Antwort ohne hiervon ihn befreiende Einreden in Hinsicht auf eine, die Aechtheit vorausgesetzt beweiskräftige, Urkunde verweigert, d. h. die Aechtheit weder zugestehet noch verneint, so wird endlich die Recognition als geschehen fingirt, die Urkunde zur Specialstrafe seines Ungehorsams für anerkannt geachtet. Von dieser *ficta* recognitio unterscheidet sich dem Ursprung nach die *tacita*, in Hinsicht auf Privat- und gleichsam öffentliche Urkunden. Stillschweigend hat der Producent ein solches Document recognoscirt, wann er durch eine schlüssige positive Handlung unbedingt zu erkennen giebt, er selbst setze ihre Aechtheit als wahr voraus [24]). Geschiehet die Recognition ausdrücklich, so nennt man sie a) die generelle, insoferne der Producent nur die Unterschrift für ächt, oder allgemeinhin erklärt, „er erkenne die Urkunde an;“ [25]) hingegen b) die specielle, wenn die Erklärung auch auf die Qualität und den Inhalt des Documents sich mit erstreckt, z. B. er recognoscire dieses dafür, wofür der Producent es ausgebe. Manche Landesgesetze begnügen sich nicht mit jener generellen Anerkennung [26]), und auch hier kann die ficta recognitio die Folge eines Ungehorsams seyn.

Erklärt sich der Producent zwar ausdrücklich, jedoch verneinend, über die Aechtheit der ihm vorgelegten Privaturkunde, m. a. W. erkennt er die Unterschrift nicht für die seinige, oder des vom Producenten angegebenen Autors, so ist der sie producirende Beweisführer nunmehr verbunden, „einen Aechtheitsbeweis zu unternehmen [27]), will er, daß die Urkunde Beweismittel werde und ihr Inhalt als Beweisgrund diene. Und hier treten nun folgende Wege und Fälle ein. Ist die Urkunde

1) ein testamentum quasi publicum, so kann der Producent

---

22) Archiv, B. 1. S. 41. f. §. 7.

23) Archiv, B. 1. S. 62. mit Note **.

24) Archiv, B. 1. S. 41. Note *.

25) Von einer noch mehr generellen, auch nach gemeinem Proceß noch nicht hinreichenden, Recognition spricht Schaumburg, in princ. prax. jud. Lib. 1. S. 1. Mb. 3. cap. 3. §. 16. not. ***.

26) Vergl. Oelze, in der Anleit. zur juriſt. Praxis. §. 223.

27) Daß dieser auch bei einer als öffentlich angegebenen Urkunde sich nöthig machen könne, wurde S. 321. schon gedacht.

Digitized by Google

a) die Instrumentszeugen über die Aechtheit des angeblich von ihnen mit unterschriebenen Documents eidlich vernehmen lassen, aber auch

b) von dem Producten den teutschrechtlichen Diffessionseid verlangen oder auch

c) durch andere als die Instrumentszeugen, ja auch durch andere Urkunden, so wie durch Antrag des Schiedeseides, desgleichen durch Schriftvergleichung, einen Aechtheitsbeweis unternehmen.

2) eine bloße Privaturkunde so kommt das nämliche unter 1. b und c. zur Anwendung.

A) Vorhandene Instrumentszeugen und deren Aussagen über die Aechtheit des von ihnen mit unterzeichneten Documents stehen unter den allgemeinen Principien des Beweises durch Zeugen [28]). Ihre Aussage muß rein historisch seyn, kein Urtheil; eine *comparatio* literarum im Sinne unter E. ist weder ihr Zweck, noch sind sie als Zeugen dazu fähig. Eine recognitio soll durch sie geschehen. Es kann aber hierbei die Qualität der Urkunde, als eines documenti quasi publici, neben der Frage der Aechtheit als Privaturkunde überhaupt, eines besondern Betrachts bedürfen. Diese Aechtheit kann bewiesen seyn und jene Qualität nicht; so daß die Sache nur die Natur einer solchen probatio per testes annimmt, wie solche auch bei bloßen Privaturkunden Statt findet [29]).

B) Sobald der Product die Aechtheit eines gleichsam öffentlichen Documents oder einer bloßen Privaturkunde verneint hat, kann der Producent von jenem den Diffessionseid fordern, so wie auch der Product hierzu sich erbieten, und der Richter, ohne eine solche vorgängige Aeußerung jenes oder dieses streitenden Theils, von Amtswegen, wenigstens alternativ, auf desselben Ableistung erkennen darf [30]). In allen drei Fäl-

---

28) Archiv, B. 1. S. 63. Note *. Die Artikel, welche Oelze in der Anleitung zur jurist. Praxis §. 244. als Muster giebt, sind auf documenta quasi publica anwendbar, und nicht auf den gewöhnlichen Zeugenbeweis der Aechtheit lit. C. S. 328. Doch läßt sich auch denken, daß Zeugen der Unterschrift wegen mit zugezogen werden, ohne daß es in der Absicht der Interessenten liege, ein documentum quasi publ. herzustellen.

29) Vergl. unten lit. C. S. 328.

30) z. B. „der Product sey verbunden, die Urkunde entweder anzuerkennen, oder eidlich zu diffitiren.“ Ueberall zeigt sich eine singuläre Zwitternatur des teutschrechtlichen Diffessionseides. Theils ähnelt er dem richterlichen Eid, theils dem Schiedseid über einen Nebenbeweis.

Digitized by Google

len aber kann der Producent noch da, wo der Product zum Abschwur jenes Eides sich bereit erklärt hat, ja der Act des Abschwurs schon eröffnet worden ist [31]), die wirkliche Ableistung jenes Eides dadurch verhindern, daß er zu einem Aechtheitsbeweis sich erbietet [32]). Auch enthält diese Unterbrechung einen Verzicht [33]) des Producenten auf die Rückkehr zu jenem Eid des Producten, im Fall der Aechtheitsbeweis ihm gänzlich mißlingen sollte [34]). Einen Gefährdeid kann der schwörende Product dem Producenten nicht ansinnen, und eben so wenig gestattet man ein Zurückschieben des Diffessionseides [34]), im Fall auch nicht von der eigenen Unterschrift des Producten die Rede ist [35]). Allein diesem einen directen Gegenbeweis, d. h. einen Beweis der Nichtächtheit durch andere Beweismittel als den Eid [36]), zu versagen, wäre eine allgemeinen Principien zuwiderlaufende Beschränkung der Vertheidigung. In-

---

31) Und wenn der Product schon in die Form eines Schwörenden eingetreten wäre — schon Hand und Finger empor hielte.

32) Der Anschein einer Gefährde kann dabei den Producenten zu einem Gefährdeid verpflichten. Nov. 71. Cap. 7. pr. et §. 3.

33) S. unten gegen das Ende dieser Abhandlung.

34) Vergl. auch Goldschmidt, Abhandlungen aus dem deutsch. gem. Civilproc. Abh. 8.

35) Dann fällt selbst bei dem Schiedeseid das Zurückschieben hinweg. Archiv, B. 2. S. 30. Not. 10.

36) Ja auch der Schiedeseid muß hier Platz greifen, insoferne der Product den directen Gegenbeweis künstlich führt und dem Producenten über die Vordersätze den Schiedeseid anträgt. So oft ein directer Gegenbeweis nur künstlich geführt wird, ist es erlaubt, über die Prämissen der Eidesdelation sich zu bedienen, selbst gegen den klaren Inhalt öffentlicher Urkunden — selbst im Gebiete der Gewissensvertretung u. s. w. Analog treten hier die nämlichen Gründe ein, welche in diesem Archiv, B. 1. S. 157. lit. D. von der erlaubten Häufung des Schiedeseides mit andern Beweismitteln vorgetragen wurden.

37) Nämlich 1) bei einer angeblich vom Producten selbst unterschriebenen Urkunde: „daß er sie weder selbst geschrieben, oder unterschrieben habe, noch mit seinem Wissen und Willen von einem andern habe schreiben oder unterschreiben lassen," und 2) bei einer solchen Urkunde, welche einen Dritten zum Autor haben sollen: „er wisse und glaube nicht, daß dieser vom Producenten angegebene Dritte die Merkmale selbst geschrieben, oder unterschrieben, oder daß er sie von einem andern habe u. s. w." Delje a. a. O. §. 224. Schaumburg, l. c. p. 230. seq.

Digitized by Google

soferne tritt eine Gewissensvertretung ein, wenn nicht dem Namen, doch der Sache nach. Auf die Formel des Diffessionseides hingesetzen [37]), spricht er sich wie ein Reinigungseid aus [38]). Allein dessen Grundlage, ein zu beseitigender unvollkommener Beweis der Aechtheit, fehlt insoferne, als das bloße Daseyn des beschriebenen Papiers für den Richter nicht einmal eine praesumtio dominis [39]) begründet, „der von dem Producenten vorgegebene Autor der Urkunde sey dieses wirklich.“ Diese kahle Behauptung des Producenten zu eigenem Vortheil verdient gar keinen juristischen Glauben, er kann also auch den Producten mit einem Reinigungseid nicht belasten. Ein Gefährdeeid [40]) kann er auch nicht seyn — so etwan ein juramentum respondendorum [41]); denn er vernichtet einen Beweissatz des Producten — dessen Behauptung der Aechtheit — und entscheidet so eine materielle Streitfrage endlich [42]). Wäre der Diffessionseid nur ein juramentum calumniae, so müßte auch nach desselben Ableistung von dem Producten der Producent einen Aechtheitsbeweis mittelst Zeugen, Schriftkundigen u. s. w. unternehmen dürfen [43]); allein dieses ist der Fall nicht. Die Urkunde ist durch ihn eine Nulle für diesen und einen künftigen Proceß gegen den jetzigen Producten geworden [44]). Nur der Beweis eines vom

---

38) Dafür halten ihn auch manche. Vergl. Piper, de vera jur. diffess. indole. Jenae 1806. Vergl. M. Handbuch Thl. 1. S. 350. Note 286.

39) Martin, §. 196. Note i, nimmt hier sogar eine praesumtio juris an, in Bezug auf L. 14. in f. Cod. 8. 35. Daraus könnte man also auch die Natur eines Reinigungseides, oder noch mehr günstiges für den Producenten folgern. Allein jene Gesetzstelle spricht von Urkunden der Tabellionen, welche wir unsern Notariatsinstrumenten gleichstellen können. Savigny, Geschichte der R. R. im Mittelalter. B. 1. S. 48. f.

40) Dafür hält ihn Martin, §. 203. Note d. und §. 196. Note i. und beziehet sich auf Römische Gesetze. Diesen aber ist jener Eid ganz unbekannt. Die Nov. 49. Cap. 3. pr. spricht von dem allgemeinen römischen Gefährdeeid, und von einem speciellen gegen Verzögerung, die Nov. 18. Cap. 8. aber gerade von einem Hauptei d, welchen der Producent dem Producten über die Aechtheit der Urkunde anträgt. Archiv, B. 2. S. 9.

41) Martin, §. 307.

42) Vergl. Oelze, a. a. O. §. 224. nr. 4. mit Note o.

43) Martin, a. a. O. §. 307. a. E.

44) Will daher derjenige, welcher eine Executivklage auf eine Ur-

Producten wissentlich abgeschworne unwahren Meineides, oder neu aufgefundener Aechtheitsbeweis, kann sie in das processualische Leben zurückführen [45]). Es ist auch ungegründet, daß der Diffessionseid durch einen Bevollmächtigten abgeschworen werden dürfe. So wenig ein Gesetz dieses erlaubt, so gewiß stände es mit seinem Zweck und seiner Natur im Widerspruch. Von seiner Ableistung hängt häufig Gewinn und Verlust des ganzen Rechtsstreits ab — er gehört dem Material der Sache an, und hat in dieser selbst Entscheidungskraft. Dennoch ergiebt sich aus den oben S. 324. f. angeführten, ihm eigenen Principien von selbst, daß auch die Vergleichung mit einen dem Producten stillschweigend angetragenen Schiedseid sich nicht durchführen läßt [46]). Er stehet für sich allein, mit und in seinem eigenen Gebiet und Wesen, und ist wahrscheinlich teutschrechtlichen Ursprungs [47]), durch die Reichsgesetze im Allgemeinen gebilliget [48]), durch den Gerichtsbrauch und Landesgesetze aber regulirt [49]). Den Römischen Aechtheitsbeweis durch Antrag des Schiedseides [50]) hat er außer Uebung gesetzt, keinesweges aber aufgehoben; sondern welcher Producent hierunter zu dem Hülfsrecht seine Zuflucht nehmen und dabei

---

kunde gründete, diese gegen den Untergang durch einen dargebotenen Diffessionseid des Beklagten retten, so muß jener Kläger den ganzen Executivproceß fallen lassen, um auf dem Weg des ordentlichen Processes, wenn hier der Beklagte die Aechtheit der Urkunde abermals verneint, von einem Aechtheitsbeweis S. 324 Gebrauch zu machen. Dieser ist in dem Gebiete des Hülfsprocesses deshalb unzulässig, weil solcher alle langsamen Beweise ausschließt. Insoferne jedoch ein schleuniger Aechtheitsbeweis denkbar ist, z. B. durch eine öffentliche, die schon früher geschehene Anerkennung klar beweisende Urkunde, würde eine Ausnahme, die Zulässigkeit dieses Aechtheitsbeweises, allerdings eintreten. Vergl. lit. D. S. 328.

45) Beides muß man hier annehmen. Erstes weil jeder Eid, selbst der Schiedseid, durch den Beweis des Meineides entkräftet werden kann; letztes, weil der Diffessionseid, obgleich kein Reinigungseid, doch als juramentum legale sich ansehen läßt. Zu einseitig ist Danz, ord. Proc. §. 335.

46) Für ein jur. tacite delatum halten ihn Malblanc, Thibaut u. a. Vergl. Zimmern, in comm. de juram. diffess. Heid. 1817.

47) M. Handbuch, Thl. 1. S. 348. f.

48) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 39.

49) Vergl. Goldschmidt, a. a. O. S. 95. §. 5.

50) Archiv, B. 2. S. 9.

Digitized by Google

den Principien des Schiedseides sich unterwerfen will, dem kann diesen Weg kein Richter abschneiden. Es folgt aber aus obigem S. 327. lit. B. von selbst, daß der Producent in dem Gebiete des Diffessionseides sich freier zu bewegen vermag, und daß es also nicht Cautel ist, den römischen Weg einzuschlagen.

C) Der Aechtheitsbeweis durch andere, als Instrumentszeugen, ist auf die Thatsache gerichtet, entweder a) daß sie, die Zeugen, zugegen waren und mit eigenen Augen sahen, wie der Producent, oder der vom Producenten angegebene Autor, die jetzt in Frage stehende Urkunde schrieb oder unterschrieb" [51]), oder doch b) „daß der Producent, oder jener Autor, dieses Document einst in ihrer Gegenwart als dasjenige anerkannt habe, wofür jetzt der Producent es ausgiebt. Insonderheit muß also auch zugleich die Identität jenes und dieses Documents mit bewiesen seyn, und kein Urtheil der Zeugen findet hierbei Beachtung [52]). Auch die Aussagen solcher Zeugen dürfen nur historisch erzählend seyn, wie bei allen eigentlichen Zeugen [53]), und es giebt daher in dem gem. R. keine solche recognitio per testes, wobei die Zeugen als solche die Kenntniß der Schriftzüge des angegebenen Autors und das zu bekunden hätten, die vorliegende Urkunde sey von diesem oder jenem Autor geschrieben oder unterschrieben [54]). Eine solche Versicherung ist werthlos für die richterliche Ueberzeugung von der Aechtheit der Urkunde. Im Fall aber die Zeugen obige Thatsache unter a. oder b. bewahrheiten, kann, besonders in Hinsicht ad a., ein voller Aechtheitsbeweis das Resultat seyn, aber auch, nach seiner Unvollkommenheit, ein gesetzlicher Erfüllungs- oder Reinigungseid. Die Thatsache unter b. tritt in das Gebiet außergerichtlicher Geständnisse, und es ist also der desbalbige Beweis zugleich nach der Kraft einer solchen Confession vom Richter mit zu beurtheilen [55]).

D) Denkbar ist es, daß der Aechtheitsbeweis einer Urkunde auch durch eine andere Urkunde, wenn nicht vollständig, doch bis zu einem gesetzlichen Eid geführt werden kann, hier gleich-

---

51) Vergl. oben Note 28.

52) Archiv, B. 1. S. 63. Note *.

53) Archiv, B. 1. S. 39. §. 6.

54) Wenn manche Landesgesetze eine Mißgeburt hervorgebracht haben, so ist dieses kein Grund, jener in der Doctrin des gemeinen teutschen Processes einen Platz zu vergönnen. Vergl. auch Oelze a. a. O. §. 226. a. E.

55) Archiv, B. 1. S. 49. Not. **.

Digitized by Google

sam durch einen leblosen Zeugen wie dort, unter C durch lebende Subjecte. Unmöglich ist es nicht [56]), daß eine andere, für ächt anzuerkennende, oder anerkannte, oder als solche bewiesene, wider den Producten beweiskräftige Urkunde eines andern, mit dem jetzt streitigen Document nach dessen Inhalt, äußern Kennzeichen u. s. w., harmonirenden Documentes als von dem jetzigen Producten anerkannt, oder als von dem abseiten des Producenten angegebenen Autor herrührend, auf eine solche Weise erwähne, welche die Identität dieses erwähnten und des jetzt producirten Documentes wenigstens bis zur Begründung eines gesetzlichen Eides wahrscheinlich macht. Und warum sollte dieser Aechtheitsbeweis nicht zulässig seyn, da er leichtmöglich von höherer Stärke seyn kann, als das Resultat einer Schriftvergleichung?! —

C) Diese, die eigentliche comparatio oder collatio litterarum, bestehet in einer, durch vereidete Schreibkunstverständige auf Ansuchen des Beweisführers und auf richterliche Instruction jener artis peritorum bewirkten, Vergleichung der Schriftzüge der streitigen Urkunde (deren Aechtheit der Product ausdrücklich verneinte) mit einer authentischen, d. h. unstreitig, oder vollerwiesen, von dem angegebenen Autor herrührenden Urkunde, zum Zweck eines mit aus der Schreibkunst hergenommenen Gründen unterstützten Urtheils, Erachtens: „ob beide jene Documente, das authentische und das rücksichtlich der Aechtheit streitige, von der nämlichen Hand geschrieben seyen.“ Justinian [57]) verirrte sich in diesem Gebiete dergestalt, daß er mehrmals die Gesetzgebung änderte, und am Ende doch ein ziemlich dunkles Chaos uns hinterließ [58]). Insonderheit quälte ihn das Feststellen desjenigen Documentes, aus welchem, als von dem Producten oder dem angegebenen Autor gewiß geschrieben oder unterschrieben, die Vergleichung geschehen solle, m. a. W. der Beweis der Authenticität des zur Vergleichung mit dem ungewissen Document dienen sollenden Documents. Bald sollte jenes erste eine öffentliche, oder

---

56) Auch abgesehen von dem in diesem Archiv, B. 1. S. 62. Note ** a. E. gedachten Fall.

57) L. rest. 16. et. L. 20. Cod. et Auth. ad h. Const. 4. 21. Nov. 49. Cap. 2. Nov. 73. pr. et Cap. 7. Die L. 22. Cod. 19. 22. erwähnt nur kurz der collatio litterarum als Nebenhülfsmittel zur Entdeckung des falsi.

58) Eine nähere Beleuchtung der in voriger Note angezogenen Gesetze Justinians, s. nr. XXXII. dieses Heftes.

in einem öffentlichen Archiv aufbewahrte Urkunde seyn [59]); bald ließ er auch eine bloße, von dem jetzigen Producten einst für sich selbst producirte, Privaturkunde als Grundlage der Vergleichung gelten [60]); und endlich suchte er durch ein umständliches Gesetz eine ganz geregelte Bahn vorzuzeichnen [61]), welche jedoch Parteien und Richter verwirren kann, unterscheidet man nicht genau, die Recognition durch Instrumentszeugen lit. A. von der Recognition durch anderer Zeugen lit C., von der eigentlichen collatio seu comparatio litterarum.

Zunächst muß nach den Principien einer doctrinellen Erklärung und Praxis [62]) eine Urkunde vorliegen, von welcher vollbewiesen ist, daß derjenige sie geschrieben oder unterschrieben habe, welcher, nach des jetzigen Beweisführers Angeben, auch diejenige Urkunde geschrieben oder unterschrieben haben soll, deren Aechtheit jetzt in Frage stehet und von dem dermaligen Producten verneint wurde. Jene Authenticität einer der Vergleichung zum Grund zu legenden Urkunde wird nun, in Civilsachen, gewiß am zuverlässigsten durch des jetzigen Producten Geständniß ihrer Aechtheit hergestellt [63]) und dabei kann etwas darauf überall nicht ankommen, ob dieses als ächt anerkannte Document eine öffentliche, gleichsam öffentliche, oder eine bloße Privaturkunde sey. Nur die Schriftzüge bedürfen der Gewißheit; so daß es gleichviel ist, jene authentische Urkunde sey ein Liebesbrief oder ein Testament. Hat aber der-

---

59) L. 20. Cod. 4. 21.

60) Nov. 49. Cap. 2. et Auth. Ad haec rel. Cod. 4. 21. (ad L. 20. all.)

61) Nov. 73. Cap. 7.

62) Man nenne nur nicht alles Praxis, was als Meinung einzelner, mitunter sehr unpractischer, Rechtsgelehrten in deren Schriften sich findet.

63) Dieses Geständniß ist auch dann vorhanden, wann der jetzige Product einst das nämliche Document, welches jetzt zur Vergleichung dienen soll, als von ihm ge- oder unterschrieben, zu seinem Vortheil selbst producirte, oder als von dem ge- oder unterschrieben, von welchem die jetzt streitige Beweisurkunde, nach des dermaligen Producenten Angeben, herrührt. Letzter wird dabei freilich zu bedenken haben, ob nicht der jetzige Product als vormaliger Producent von der Wahrheit abirrte. Denn denkbar wäre es, daß solcher, seines eigenen Vortheils wegen, eine unächte Vergleichungsurkunde für ächt gelten ließe. Dieses und der Blick auf Criminalsachen war vielleicht ein Grund von Justinians Aengstlichkeit in der L. 20. Cod. 4. 21.

Digitized by Google

jenige, von dessen Schriftzügen jetzt die Rede ist, einst ein öffentliches oder gleichsam öffentliches Document eigenhändig unterschrieben, und es ist, daß dieses geschehen sey, in jenem instrumento publico zugleich beglaubiget, oder findet sich die Anerkennung der Schrift oder Unterschrift selbst unter öffentlichem Glauben documentirt [64]), oder erkennen wenigstens zwei Instrumentszeugen die Urkunde eidlich für diejenige an, welche einst die vom Producenten angegebene Person in ihrer Gegenwart und nebst ihnen eigenhändig ge- oder unterschrieben habe, oder können andere Zeugen dieses Schreiben oder Unterschreiben als selbst percipirt dergestalt historisch bewahrheiten, daß auch kein Zweifel an der Identität des Documents übrig bleibt; so muß auch ein solcher Authenticitätsbeweis der zur Vergleichung dienen sollenden Urkunde die Stelle eines Geständnisses des jetzigen Producten vertreten. Ja auch der Antrag des Schiedseides muß in diesem Gebiete Statt finden [65]); und wollte man fragen: ob, wenn z. B. ein Zeugenbeweis jener Art unvollkommen ausfiele, der Richter auf einen gesetzlichen Eid erkennen dürfe? so würde auch dieses insoferne zu bejahen seyn, als die Aechtheit oder Unächtheit der Schrift oder Unterschrift als historische Thatsache sich auffassen ließe, nicht aber jener Eidschwur ein Urtheil enthielte [66]).

Ist die Vergleichungsurkunde als authentisch festgestellt, so haben nunmehr die Schreibkunstverständigen die Schriftzüge der jetzigen, vom Producten als ächt verneinten, Urkunde mit den Schriftzügen jener authentischen Urkunde zu vergleichen, um das Urtheil zu finden und begründet zu ertheilen: „ob die Schriftzüge beider Documente nur ein und das nämliche Subject zum Autor haben, m. a. W. von der nämlichen Hand geschrieben sind.“ Dieses rationelle Geschäft solcher Sachverständigen für sich allein kann nie eine volle Ueberzeugung geben [67]). Der Beweis durch sie ist nur ein künstlicher Beweis, dessen Product ein Schluß, wobei die authen-

---

64) Archiv, B. 1. S. 62. Note **.

65) Er findet sogar in Rücksicht auf die Aechtheit der Beweisurkunde selbst Statt. S. oben und B. 2. S. 9. dieses Archivs.

66) Nach den allgemeinen Principien. Archiv, B. 1. S. 52. Note **.

67) Vor Justinian scheint die comparatio literarum als vollständiger Beweis angesehen worden zu seyn. L. 15. Cod. 4. 21. er selbst aber würde schüchtern. Nov. 73. pr.

Digitized by Google

tische Vergleichungsurkunde einen Vordersatz bildet. Auch die höchste Aehnlichkeit giebt noch keine Gewißheit, da es nicht nur möglich ist, daß zwei Personen sehr gleiche Schriftzüge führen, sondern auch betrügerische Kunst die Schriftzüge täuschend nachzuzeichnen vermag [68]). Wenn daher auch das bestimmteste und starkbegründete Urtheil der Sachverständigen dahin ausfällt: „die Schriftzüge beider Urkunden wären von der nämlichen Hand geschrieben.“ so kann dennoch höchstens ein Erfüllungseid des Producenten das juristische Resultat seyn [69]), insoferne letzter die Aechtheit der streitig gewesenen Urkunde als historische Thatsache beschwören kann. Der Regel nach aber wird den Producten nur ein Reinigungseid treffen, dessen Inhalt alsdann mit dem des Diffessionseides gleichlautend ist. Sollte nicht einmal dieser Eid durch die Schriftvergleichung begründet seyn, ja wäre das Erachten der Schreibkünstler wider den Zweck des Beweisführers ausgefallen, so stehet diesem der Regreß zu dem Diffessionseid offen [70]). Eben dieses muß Statt finden, im Fall der Aechtheitsbeweis durch Instruments- oder andere Zeugen u. s. w. nicht einmal als Grundlage eines Erfüllungs- oder Reinigungseides dienen kann. Denn alle diese Aechtheitsbeweise sollten den Diffessionseid nur verhindern. Anders, wenn die Zeugen einen directen Gegenbeweis wider den Producenten und für den Producten aussprächen [71]).

So gewiß übrigens 1) die recognitio per testes, hier aber a) die durch Instrumentszeugen und b) diejenige durch andere Zeugen, und 2) die comparatio litterarum ganz verschiedene Aechtheitsbeweise sind, jeder sein eigenes selbstständiges Gebiet, nebst ihm ausschließlich eigenen Rechtsprincipien hat, so gewiß können sie mit und neben einander zur

---

68) Nov. cit. 73. pr.

69) Grolman, in der Theorie des ger. Verf. in bürg. Rechtsstr. §. 89. Oelze, a. a. O. §. 227. m. 4. Danz, in den Grundf. des ordentl. bürg. Proc. §. 338.

70) Martin, §. 304. a. E. Ohne Landesgesetze läßt sich nicht nachweisen, daß der Regreß zum Diffessionseid dann ausgeschlossen sey, wenn für den Aechtheitsbeweis eine peremtorische Frist vorgeschrieben war. Des Producenten Zuflucht zu dem Diffessionseid ist noch mehr begünstiget, als der Gebrauch des Schiedseides, und doch ist selbst dieser nach fruchtlos versuchtem Beweis nicht immer verloren. Martin, §. 176. Note l. Archiv, B. 1. S. 157. §. 3.

71) Z. B. die Instrumentszeugen sagen bestimmt aus: „nicht der Producent, sondern ein anderes Subject, habe die Urkunde ausgestellt und nebst ihnen unterschrieben.“

Digitized by Google

Anwendung kommen [72]). Dann ist es auch möglich, daß die eine Classe der verschiedenen Beweismittel die andere Classe stütze, daß die factischen Beweisgründe einzeln betrachtet keine volle juristische Ueberzeugung geben, wohl aber in der Vereinigung diesen Erfolg haben [73]).

XXXII.

Ueber die Vergleichung der Handschriften nach römischem Rechte.

Von dem

Obertribunalrath H. J. Klüpfel zu Stuttgart.

Noch scheinen die römischen Grundsätze über diese Beweisart nicht klar entwickelt [1]). Geht man auf die Quellen selbst

---

72) Neben den zugezogenen Instrumentszeugen können auch andere Zeugen zufällig bei dem Rechtsgeschäft zugegen gewesen seyn. Jene und diese kann der Producent herbei ziehen, und über dieses von der comparatio litterarum durch Schreibkunstverständige Gebrauch machen. Es ist eine erlaubte Häufung der Beweismittel. Ja Justinian selbst gehet Nov. 73. Cap. 7. von einer Vereinbarung aus, mit dem nicht undeutlichen Blick, daß die comparatio litterarum als ein blos subsidiarischer Aechtheitsbeweis anzusehen sey. Die Gefährdeeide sind übrigens in den teutschen Gerichten weniger häufig und nöthig, als in dem Römischen Proceß.

73) Z. B. dem Erachten der Schreibkünstler tritt die Aussage eines Zeugen hinzu, „er habe den Producten diese Urkunde unterschreiben sehen.“

1) S. die bei Lipen S. 91. angezeigten Schriften, hauptsächlich aber: Büchner D. d. probat. per liter. comparationem. Goett. 1779. v. Gönner Handbuch des Proc. 2r B. nr. 46. Goldschmidt Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprocesse. Frankf. 1818. nr. 9. S. 101. De la preuve par comparaison d'écritures, par Philippes de Renusson, Avocat au Parlament. Paris 1700.

Digitized by Google

zurück, so findet sich weder in den Institutionen, noch in den Pandecten eine diesen Gegenstand auch nur von ferne berührende Stelle; vielleicht weil die obligatio nominis, wenn sie auch nicht ein eigentlicher öffentlicher Act war, wenigstens vor Zeugen unternommen werden mußte, die literarum obligatio hingegen erst in späteren Zeiten ihre Entstehung erhielt [2]). Der Sitz unserer Lehre kann daher nur in dem Codex und in den Novellen aufgesucht werden. In jenem finden wir 3, in den letzten 2 davon handelnde Gesetzstellen. Im Ganzen sind es aber nur drei, aus welchen sich bestimmte allgemeine Principien ableiten lassen, da die eine, L. 16. C. de fide instr., zunächst nur einen particulären Fall zum Gegenstande hat [3]), die L. 22. ad L. cornel. de fals. aber in das Gebiet des Strafrechts gehört.

Vor Justinians Zeiten konnte jede Privaturkunde, vorausgesetzt, ihre Aechtheit war außer Zweifel, als Maßstab zur Vergleichung einer Handschrift gebraucht werden [4]).

Die von Justinian gefürchteten, häufig gewordenen, Verfälschungen aber bewogen ihn [5]) im Jahr 530. zu folgenden Verordnungen: die Schriften, nach welchen die Vergleichungen angestellt werden wollen, dürften

1) nur solche seyn, welche von öffentlich autorisirten Personen — Tabellionen — errichtet — documenta forensia vel publica — oder welche

---

2) S. Heineccius antiq. rom. L. 3. t. 22. §. 1. p. 125. Zachariä Institut. d. röm. Rechts. S. 678. Note 4. bes. Theophilus in s. Paraphrasis der Institut. L. 3. t. 22. v. Hugo Gesch. d. röm. Recht. 1818. §. 236. S. 398. und §. 406. S. 682. auch §. 429. B. 725.

3) Auch restituirte erst Cujacius diese Constitution, als er sie in dem Codex vermißte, aus den Basiliken. s. seine Observationen L. 10. Cap. 8.

4) L. 16. u. 20. pr. C. de fide instrument. (4. 21.)

5) L. 20. Cod. 4. 21.

Digitized by Google

2) von drei Zeugen mit unterzeichnet wurden; und zwar sollten

a) wenigstens zwei dieser drei Zeugen zuvörderst in der Sache richterlich gehört und die Authenticität der Urkunde von ihnen bestätiget werden; dabei aber sollte

b) kein Unterschied Statt finden, ob die Partei, gegen welche verglichen werden will, die Urkunde producirte oder nicht [6]).

Sodann sollte

3) von den Kunstverständigen wegen pflichtmäßiger Vornahme des Acts ein Eid geleistet werden, übrigens

4) das Gesetz selbst keine rückwirkende Kraft haben.

Das Gesetz lautet so:

„Comparationes literarum ex chirographis fieri, et aliis instrumentis, quae non sunt publice confecta, satis abundeque occasionem criminis falsitatis dare, et in judiciis et in contractibus manifestum est. Ideoque sancimus, non licere comparationes literarum ex chirographis fieri, nisi trium testium habuerint subscriptiones, ut prius literis eorum fides imponatur, vel ex ipsis hoc deponentibus, sive cunctis, sive omnimodo duobus ex his, sine [7]) comparatione literarum testium procedente; et tunc ex hujusmodi chartula jam probata comparatio fiat. Aliter enim fieri comparationem, nullo concedimus modo, licet in semet ipsum aliquis chartam conscriptam proferat: sed tantummodo ex forensibus, vel publicis instrumentis, vel hujusmodi chirographis, quae enumeravimus, comparationem trutinandam. Omnes autem comparationes non aliter fieri concedimus, nisi juramento antea praestito ab his, qui comparationem faciunt, fuerit affirmatum, quod neque lucri causa, neque inimicitiis, neque gratia tenti hujusmodi faciunt comparationem: et hoc

---

6) Vergl. die Nov. 49. und die Auth. ad hoc Cod. de fide instrum. (4. 21.)

7) Die Charondas- und die Russardischen Ausgaben bemerken als Variante „sive“ statt: “sine.“

Digitized by Google

observari — — in omnibus judiciis, quae in orbe nostro constituta sunt, his omnibus in posterum observandis. Comparationes etenim jam antea factas retractari, extra periculum minime est."

So setzte nun zwar Justinian auf der einen Seite den Verfälschungen gewisse Schranken, auf der andern erzeugte er aber auch Mißverständnisse. Manche geriethen auf die Meinung, als sey es in seiner Absicht gelegen, den Gebrauch der Privaturkunden zu Vergleichung der Handschriften ganz allgemein zu verbieten. Und gleichwohl ließen sich Fälle denken, in welchen eine solche Bestimmung nicht nur unbillig, sondern selbst ungerecht gewesen wäre. Ein solcher Fall schien namentlich dann einzutreten, wenn diejenige Partei, gegen welche die Vergleichung Statt finden soll, zu ihrem Vortheil die Urkunde selbst producirte, oder wenn solche zuvor in einem öffentlichen Archive aufbewahrt war. Justinian erließ daher in der Nov. 49. Cap. 2. im Jahre 536. eine authentische Interpretation seiner L. 20. dahin: daß auch bloße Privaturkunden, ob sie schon nicht von Zeugen unterschrieben seyen, alsdann zu einem Maßstabe bei Vergleichung einer Handschrift dienlich seyn sollen, wenn sie

a) entweder von dem Gegentheile zu seinem Vortheile producirt wurden, oder

b) zuvor in einem öffentlichen Archive aufbewahrt waren [8]).

Die Verordnung lautet also:

„Illud etiam judicavimus huic oportere adjici legi: quia enim dudum scripsimus legem volentem ex propriae manus scrip-

---

8) In die Archive wurden Documente aller Art, sowohl öffentliche als Privatdocumente, niedergelegt. L. 9. §. 6. ff. d. poenis. Nov. 15. C. 5. §. 2. Nov. 74. C. 4 §. 2. Duker de latinit. I. C. vit. p. 444. not. 3. Brissonius d. verb. sign. sub voce Archiv. Raevardus conjectan. L. 3, C. 3. p. 7.

Digitized by Google

tura nullam fieri comparationem [9]), sed ex solis documentis publice celebratis: videmus autem causarum experimentum egere competenti correctione in lege: et hoc ex ipso litigantium invenimus experimento. Emendare eam secundum hoc volumus schema. Crebro namque proferens quidam cujusdam manus documentum, et ex ea faciens aut conventionem, aut suarum allegationum probationem: cum ejusdem manus adversa pars protulisset literas et legitimam probationem exinde vellet fieri, ex quibus ipse adversarius illud obtulerat: ille utebatur lege, quia oportet ex publice confectis documentis fieri comparationem, et non ex aliis, quae a quoquam scribuntur. §. 1. Sancimus, si quando aliquid tale contigerit et quispiam voluerit secundum eas, quae ab adversario prolatae sunt literas, fieri examitationem, non accusetur hoc tanquam non recte factum. Cui enim ipse credidit, et quod protulit is, contra quem et ex quo suas affirmat allegationes, hoc non accuset; neque prohibeat comparationem literarum ad eum fieri, licet contingat esse documentum manu cujuscunque conscriptum. Neque enim ipse sibi resistit, et quae affirmavit, haec accusabit. §. 2. Si vero etiam ex publicis archivis proferatur charta, velut de suscepto descriptio mensae gloriosissimorum praefectorum, (novimus enim etiam aliquid tale quaesitum) et quod ex publicis archivis profertur, et publicum habet testimonium, etiam susceptibile hoc esse ad collationes manuum ponimus. Ubicunque enim falsitatis peccatum odio habentes et jusjurandum praebere discutientes et eximentes literas sancimus, et ex publicis solummodo documentis comparationem fieri permisimus, qua propter valeat per omnia lex illa praesenti sub divisione delata ei, jurejurando tamen comparantium omnibus modis prohibendo“ [10]).

---

9) Die Basiliken sowohl, als Haloander, schalten hier die Worte ein: „nisi trium tertium subscriptiones habeant, et ipsi testes profiteantur, aut si propriam manum inficientur, ex collatione literarum ab ipsis descriptarum convincantur.“

10) Nach der offenbar richtigen Lesart von Haloander und Hambergk zu Bach statt: prohibendo: „praestando.“ Vergl. die L. 20. all.

Digitized by Google

Doch nach einigen Jahren schon [11]) glaubte Justinian wahrgenommen zu haben, daß seine Verordnungen dem Zwecke, den er dabei im Auge hatte, nicht entsprächen. In dieser Ueberzeugung bestärkte ihn besonders auch eine Geschichte, die sich in Armenien zugetragen hatte. Ein Privatmann legte dem Richter eine Schuldverschreibung vor; der Beklagte verneinte die Unterschrift und es wurde eine Vergleichung eingeleitet; die Kunstverständigen wollten dabei eine Verschiedenheit der Schriftzüge entdeckt haben und erklärten daher die Schuldverschreibung als falsch, während die Zeugen, die sich unterzeichnet zu haben behaupteten, sie einstimmig für ächt erkannten. Die schwierige Aufgabe, die der Gesetzgeber bei einem solchen Widerstreite zu lösen hatte, war daher: welcher der beiden Wege nun zu wählen sey, entweder das Eigenthum dem Betruge [12]) und dem Urtheile sogenannter Kunstverständigen ferner Preis zu geben, oder ein Beweismittel, das seiner Natur nach höchst unsicher und unzuverlässig ist, aus den Gerichtshöfen ganz zu verbannen. Beide Wege schienen dem Justinian gleich bedenklich. Er wählte die Mittelstraße und suchte seine Legislation vermöge der zwar wortreichen, aber um so dunkler gefaßten, Nov. 73. wenn schon nicht den Worten, doch ihrem muthmaslichen Sinne nach, dahin zu verbessern: Jeder Contrahent habe bei sich wohl zu erwägen, ob und wiefern es räthlich sey, seinem Mitcontrahenten auf eine bloße Handschrift hin, ohne Oeffentlichkeit und ohne Zeugen, Credit zu geben. Immerhin möge er ein solches Vertrauen in ihn setzen; aber er soll dann auch, wenn der Erfolg ihn getäuscht habe, nur sich selbst anklagen, da dem Gesetze bloße Privathandschriften

---

11) Nach Freymonius Symphonica Juris utriusque chronologica. Francof. 1574. p. 908. im 12ten Jahre seiner Regierung, folglich 538. im M. Junius; eben so nach der Chronologie von Contius.

12) Nov. 73. in praefat. „excrescente malitia eorum ‚qui adulterantur documenta.“

Digitized by Google

keine hinreichende Sicherheit zu gewähren schienen. Sofern dieses die Absicht habe, Verfälschungen zu verhüten, ohne jedoch das Zutrauen gegen Freunde zu untergraben, sofern habe zwar eine solche Urkunde, vorausgesetzt, daß ihre Authenticität in Ermanglung anderer Beweismittel etwa durch Eidesdelation bewiesen werden wolle, Wirksamkeit; aber, um sie auch bei einer Beweisführung durch Vergleichung der Handschrift als Maßstab zu gebrauchen, sey sie nicht geeignet [13]).

Die Urkunde, nach welcher eine andere verglichen werden wolle, solle vielmehr

1) entweder eine öffentliche, z. B. eine von einem tabellio, oder Notar, unter Zuziehung zweier — beiden Contrahenten bekannten [14]) — glaubwürdigen Zeugen [15]), oder

2) eine — von drei solchen Zeugen mit unterzeichnete — oder wenigstens in ihrer Gegenwart errichtete Privaturkunde seyn [16]). Wäre

3) die Urkunde eine öffentliche, und ihre Aechtheit werde bestritten, so solle sie

a) durch den Notar eidlich bestätigt werden, dann es aber, um mit ihr eine andere Urkunde vergleichen zu können, keiner weitern Prüfung oder besondern Vergleichung seiner Handschrift bedürfen [17]).

---

13) Nov. 73. Cap. 4.

14) Nov. 73, C. 8.

15) Nov. 73. C. 2.5. 7.

16) Nov. 73. C. 1. 2. 5. 7. Ist einer der Contrahenten im Schreiben unerfahren, so sind 5 Zeugen, und darunter wo möglich ein tabellio erforderlich. Nov. 73. C. 8.

17) Nov. 73. C. 7. Harmenopul in seinem Proch. legum L. 1. Cap. 6. gerieth daher nicht, wie Cujacius ad L. 20. d. fide instr. (in op. posth. T. 5. p. 302.) ihn beschuldigt, mit sich selbst in Widerspruch, wenn er schreibt: „Sciendum est, solum tabellionem, qui instrumentum scripsit, suf-

Digitized by Google

b) Finde eine eidliche Bestätigung durch den Notar, entweder weil er nicht mehr lebe, oder aus andern Ursachen, nicht Statt, so müsse zuvor nicht nur durch besondere Prüfung und etwaige Vergleichung seiner Handschrift, sondern auch durch eidliche Recognition der zwei Zeugen, die Aechtheit der Urkunde außer Zweifel gesetzt werden [18]).

c) Könne die Urkunde weder durch den Notar, noch durch den einen oder den andern der mitunterzeichneten Zeugen, mehr eidlich recognoscirt werden, entweder weil sie nicht mehr leben, oder aus andern Gründen, so könne dessen ungeachtet auf sie zwar ein Beweis durch Vergleichung der Handschriften gegründet werden, jedoch seyen dann nicht nur die Unterschriften der Parteien, sondern auch die des Notars und der mit unterschriebenen Zeugen, welche nicht mehr eidlich haben recognoscirt werden können, mittelst einer besondern Vergleichung ihrer Handschriften, oder auf andere mögliche Weise, von Sachverständigen sorgfältig zu prüfen und deren Urtheile darüber zu hören [19]).

d) Könne die Urkunde weder durch den Notar, noch durch die bei ihrer Fassung, ohne sie jedoch mit unterzeichnet zu haben, gegenwärtig gewesenen Zeugen mehr eidlich bekräftiget werden, so finde zwar nach ihr auch in diesem Falle die Vergleichung einer andern Urkunde Statt, nie gewähre aber das Resultat dieser Vergleichung — an sich allein betrachtet — einen Beweis über die Aechtheit der verglichenen Urkunde, sondern immer müßten andere adminiculirende Umstände concurriren [20]).

---

ficere ad testimonium *in comparatione* instrumentorum, quae proferuntur."

18) Nov. 73. C. 1. 2. 5. 7.

19) Nov. 73. Cap. 1. 2. 5. 7. Hombergk: „*ut ex multis comparationibus* tum completionum tum eorum, qui subscripserunt, vel etiam contraxerunt, una *undique colligatur atque perficiatur fides*.

20) Nov. 73. C. 1. 2. 4. u. 7.

Digitized by Google

Sey

4) die Urkunde ein von drei Zeugen mit unterzeichnetes, oder eine in ihrer Gegenwart errichtetes Document und dessen Aechtheit werde bestritten, so könne wiederum zwar allerdings auf sie der Beweis durch Vergleichung einer Handschrift gebaut werden, jedoch müsse

a) von den Zeugen in dem Einen Falle zugleich auch ihre Unterschrift eidlich recognoscirt und in dem andern der Act selbst auf gleiche Weise bestätiget werden. Sey dieses

b) nicht mehr möglich, so träten in dem Einen Falle wiederum die Bestimmungen nach oben 3. c., in dem Andern aber diejenigen unter 3. d. ein [21]).

5) Gerathe das Urtheil der Sachverständigen mit den Aussagen der Zeugen in Widerspruch, so seyen diese gegen jenes entscheidend; doch werde hier das vernünftige und gewissenhafte Ermessen des Richters nicht ausgeschlossen [22]).

6) Nur in solchen Fällen seyen diese neueren Bestimmungen unanwendbar, wo ein in einer Stadt und nicht auf dem Lande — ubi multa simplicitas, nec magna scribentium aut testium copia est — abgeschlossenes Rechtsgeschäft zur Sprache gebracht werde, oder wo das Streitobject eine libram auri [23]) nicht übersteige.

7) Beide Parteien, sowohl die, welche die Vergleichung bezwecke, als auch die, gegen welche sie gerichtet sey, sollen den Eid vor Gefährde ablegen, die letzte überhaupt den gewöhnlichen [24]) — die erste namentlich dahin, daß ihr kein an-

---

21) Nov. 73. C. 1. 2. 4. u. 7.

22) Nov. 73. C. 3.

23) Nov. 73. C. 8. u. 9. auch Auth. At si — etc. C. de fide instr. Libr. aur. i. e. 72 aurei — etwa 100 Ducaten betragend.

24) Nach L. 1. Cod. de jurej. propter cal. dando. 2. 19.

Digitized by Google

deres Beweismittel zu Gebote stehe und sie deswegen zur Vergleichung der Handschrift ihre Zuflucht nehme [25]).

8) Auch der Stempel und die übrigen Zeichen, die auf der Charte befindlich seyen, habe der Richter genau zu prüfen. Nov. 73. C. 6. s. auch Nov. 44. C. 2.

9) Das Gesetz selbst soll als ein correctorisches betrachtet werden, so daß die früheren Bestimmungen, so weit sie durch dasselbe nicht aufgehoben oder modificirt sind, ihm zur Seite stehen [26]).

Endlich soll es

10) ebenfalls keine rückwirkende Kraft haben [27]).

Und damit schließt sich nun die römische Legislation über diese besondere Beweisart.

---

25) Nov. 73. C. 7. §. 3. Verbindet sie damit andere Beweismittel, so bedarf es von ihrer Seite keiner weitern Eidesleistung. Nov. 73, C. 7. §. 3.

26) Nov. 73. C. 7. So stehet z. B. die Bestimmung der L. 20. und der Nov. 40. wegen eidlicher Verpflichtung der Kunstverständigen, so wie die Bestimmung eben dieser Novelle und der Auth. ad L. 20. all., daß auch auf eine bloße Privaturkunde die Vergleichung gebaut werden könne, wenn derjenige Theil, gegen welchen sie angestellt wird, selbst sie producirte, noch aufrecht.

27) Nov. 73. C. 9.

Digitized by Google

XXXIII.

Noch einige Worte über fr. 63. D. 17 2. und fr. 16. D. 42. 1.

Von
Dr. Eduard Gans, aus Berlin.

Die in diesem Bande nr. XXI. S. 242. f. zugleich mit dem Versuche, obige Stellen des R. R. zu vereinigen, gewagte Bemerkung, „es werde jene meine Erklärung vielleicht nur in so fern nützen, als sie Andere auf eine bessere führen könnte," rechtfertiget sich schon jetzt einigermaßen durch die That. Der in dieser Zeitschrift schon rühmlich aufgetretene Herr Dr. Neustetel, zu Hanau, schrieb mir über obige Gesetzstellen folgendes: „Wahrscheinlich lauteten die Worte des Edicts „allgemein: qui pro socio convenitur, in eum, causa cog„nita, in quantum facere potest judicium dabo. Das „Edict drückt nicht aus, welche Gattung des Societätsver„hältnisses es im Sinne habe, und behält nur die causae cog„nitio dem Prätor vor. Man kannte nur das Princip, von „dem der Prätor ausgieng, und limitirte das Edict auf den „socius omnium bonorum. Wo aber die societas unius „rei so bedeutend war, um auf ein gleich enges Band „der Fraternität schließen zu können, erhielt auch dieser „brüderliche Socius das prätorische Beneficium. Ob jenes in „concreto der Fall sey, oder nicht, wurde durch des „Prätors causae cognitio untersucht; welches Verfahren „überhaupt dazu diente, um zu erfahren, ob das gesetzlich prä„sumirte Brüderband re ipsa vorhanden sey. So ist die ganze „Sache facti und Ulpian von aller Inconsequenz befreit [1]).

Diese Erklärung enthält also folgende Hauptsätze: 1) daß das ganze Verhältniß ein factisches sey; 2) daß es nicht darauf ankomme, ob eine societas *omnium* bonorum vorhanden ist, oder nicht; sondern, ob eine solche Societät statt

1) Es muß hier bemerkt werden, daß Herr Geh. Justizrath Gensler, obgleich er, Archiv a. a. O. nr. XXII., einen Rückfall Ulpians vermuthet, dennoch S. 250. zu der eben gegebenen Erklärung in legislativer Hinsicht sich hinzuneigen scheint.

Digitized by Google

findet, bei der man Fraternitätsverhältnisse anzunehmen befugt ist; 3) daß dieß aber meistens wiederum nur bei einer societas omnium bonorum der Fall sey; 4) daß endlich demzufolge der ganze Satz so zu stellen ist: „wo eine Fraternität im Societätsverhältnisse statt findet, da kann man nur in quantum facere potest verurtheilt werden;“ 5) diese Fraternität findet aber immer bei einer societas *omnium* bonorum statt, deswegen auch hier immer ein beneficium competentiae (l. 17. D. 42. 1.) zu geben ist. Wo aber 6) außer dem Fall der societas omnium bonorum noch ein jus fraternitatis angenommen werden muß, da wird man eben so gut nur in id quod facere potest condemniren können; denn die societas omnium bonorum ist nur ein Hauptbeispiel, aber nicht ein Grund des beneficium competentiae.

Es scheint diese Erklärung um so befriedigender zu seyn, als alle Schwierigkeiten dadurch nicht allein gehoben, sondern auch der ganze Rechtssatz nun höchst ungezwungen und natürlich da steht. — Will man aber das Ende der l. 63. pr. pro socio (17. 2.) anders übersetzen, als es bisher geschehen ist, so ist die ganze jetzige Erklärung auch in der Stelle selbst enthalten. Ulpian sagt nämlich im Anfange des Fragments: Sabinus meine, man brauche nicht gerade socius *omnium* bonorum zu seyn, um das beneficium competentiae zu haben (etiam si non universorum bonorum socii sint) [2]) und er setzt nun hinzu: hoc enim summam rationem habet, *cum* societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat. Das heißt aber: „dieses hat Gründe für sich, wenn vom Societätsverhältniß einigermaßen außer dem Fall der societas omnium bonorum gesagt werden kann, daß es auf Fraternität beruhe.“ — Eine solche Uebersetzung hat um so weniger Schwierigkeit, als das Wörtchen cum in jener Bedeutung gar häufig mit dem Conjunctiv bei den römischen Schriftstellern vorkommt [3]).

Gerne räume ich dieser Ansicht des Herrn Dr. Neustetel den Vorzug ein vor meiner angezogenen höchst unvollkommenen Erklärung, zugleich aber mit dem innigen Bedauern, daß die reine Exegese der beiden Fragmente dennoch nicht im Stande ist, in l. 16. D. 42. 1. eine reine Latinität hervorzubringen.

---

2) Die ganze Wendung des Ausdrucks zeigt, daß Sabinus auch die societas omnium bonorum für den am häufigsten vorkommenden Fall erkennt und nur meint, es könne außerdem bisweilen auch ein Fraternitätsverhältniß geben.

3) Cicero ad Att. lib. 8. et 14. Cicero pro Roscio Am. 22. Cicero de Off. §. 3.

Digitized by Google

XXXIV.

Allgemeine theoretisch-praktische Bemerkungen über das Wesen des teutschen gemeinen Concurs-Prozesses und einzelner Erscheinungen in diesem, mit Bezug auf Martins Lehrbuch des teutschen gem. bürgerl. Prozesses. 1819. §. 310 u. 311. von Gensler*).

I.

Ein Zusammenfluß gleichzeitiger Prozesse gegen das nämliche Subject [1]) giebt noch nicht den Begriff eines Gläubiger-Concurses und des Concurs- oder Gant-Processes, gesetzt auch, mehrere getrennte Kläger nähmen gleichzeitig das nämliche, im Besitz des Beklagten befindliche, Object als Ganzes in Anspruch. Diese mehreren Processe laufen neben einander nach den gewöhnlichen Regeln fort [2]) und eine Veränderung des Rechtszustandes des mehrfach Bekl. gten ist noch nicht begründet. Sein Dispositionsrecht ist nur durch die Litigiosität beschränkt. §. 142. Der eigentliche Concursus creditorum entsteht vielmehr erst dann, wann wenigstens zwey, unter sich um einen Vorzug streitende, oder doch einen Vorzug einander bestreitende, Gläubiger von dem nämlichen Schuldner befriediget seyn wollen, dessen sämtliches disponibles Vermögen aber nicht hinreicht, sie alle ganz zu befriedigen. In dieser Lage entstehen die Fragen:

1) Worinnen bestehet des Schuldners sämtliches eigenes, disponibles, und also veräußerliches, Vermögen, und wieviel beträgt dessen Werth? (Activmasse.)

2) Wieviel betragen alle Forderungen an seine Person? (Passivmasse.)

*) Die neueste Litteratur S. Archiv für die civilistische Praxis B. 2. Heft 2. S. 167. lib. D. Uebrigens beziehe ich mich, auf das Einzelne hingesehen, auf Martins reichhaltige Litteratur, indem ich offen bekenne, daß die hier folgenden Bemerkungen nichts anders sind, als die Einleitung meines academ. Vortrags über den Concurs-Proceß, und nur bestimmt für meine Zuhörer und solche Theilnehmer am Archiv, welchen auch das Bekannte nützlich wird. Von neuen Ideen, tiefen Forschungen und Zergliederungen, ist hier nicht die Rede. Ich bitte nur, zu bedenken, daß der Vortrag auf dem Lehrstuhl enge Gränzen hat, und daß es Pflicht ist, das leidige Dictiren auf möglichste Weise zu beschränken.

1) Concursus creditorum extra concursum. Boehmer in Exercitat. ad Pand. T. V. ex 88. 2) Wenn nicht der eine Rechts-

Digitized by Google

3) Wie ist die Passivmasse rechtlich zu vertheilen, insoferne einzelne Gläubiger hierbei einen Vorzug vor andern Mitgläubigern gesetzlich verlangen können? (Priorität und Distribution.)

Um die Antwort auf diese Fragen auszumitteln, und dann richterlich auszusprechen: „was einem jeden Gläubiger von der Aktivmasse gebühre, und nach welcher Reihefolge sie zu befriedigen seyen, insoweit die Aktivmasse reicht", macht sich ein besonderes gerichtliches Verfahren nothwendig, welches weder mit dem ordentlichen Proceß §. 132 — 224, noch mit einem der summarischen Processe §. 225 — 249, verglichen werden kann, jedoch in seinen einzelnen Bestandtheilen insoferne summarisch ist, als die Förmlichkeiten des ordentlichen Processes nicht Regel sind, und alles auf eine möglichst schnelle Erreichung des Ziels berechnet ist [3]).

Weder in dem Römischen noch in dem Can. Recht, noch in teutschen Reichsgesetzen, finden wir aber die Form des jetzt in Teutschland üblichen Concursprocesses. Solcher bildete sich durch den Gerichtsbrauch, und wanderte wahrscheinlich aus Italien zu uns, wo wir [illegible] der Rota Romana seine Grundregeln in Uebung finden. Vor Einführung der cessio bonorum hatte der Römer das Prinzip, „daß nicht nur das Vermögen, sondern auch die Person, des nicht zahlfähigen Schuldners den Personal-Creditoren verfallen sey. War nur Ein Gläubiger vorhanden, so konnte dieser jenen als Sclaven auswärts verkaufen, nachdem er selbigen dreimal öffentlich ausgestellt und ein mitleidiger Loskäufer sich nicht gefunden hatte. Waren der Gläubiger mehrere, so hatten diese, nach jenem vergeblichen Versuch, das Recht, secare debitorem, welche sectio debitoris manche bildlich erklären [4]), andere aber von einem barbarischen wirklichen Zerhauen oder Verstümmeln des Schuldners [5]). In der Folge wurde nur die Einkerkerung gestattet, und endlich dem debitor die cessio bonorum, anfänglich unter gewissen Formalitäten, als beneficium gegeben [6]). Das Vermögen theilten die aufgetretenen Gläubiger unter sich pro rata; jedoch so, daß sie einen aus ihrer Mitte ernannten, welcher die ganze Masse an einen Käufer gegen gewisse Procente überließe. Späterhin wurden die einzelnen Theile der Masse verkauft [7]). In den Gesetzen Justinians

---

streit die Entwickelung des andern unterbricht; wie dieses bei der Hauptintervention §. 293 der Fall seyn kann. 3) Vergl. Thibaut in dem System des Pandektenrechts. Th. 3. §. 1218 mit Gönner, in dem Handb. Th. IV. Abh. 82. 4) Dabelow, in der Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. 1801. S. 46 ff. 5) Hugo, Rechtsgeschichte §. 144. das. Gibbon u. Niebuhr. 6) Thibaut, a. a. O. §. 1222. mit Dabelow a. a. O. Cap. V. S. 105 ff. 7)

liegt den äußern Grundzügen nach folgendes Verfahren: Cedirte der Schuldner sein Vermögen freiwillig, so kam es sofort zum Verkauf der einzelnen Bestandtheile der Masse und zur Vertheilung des Erlöses an die Personal-Gläubiger. Cedirte er nicht, oder konnte er von diesem beneficio keinen Gebrauch machen, so wurden jene Creditoren vom Prätor in bona debitoris, insoweit er diese unverpfändet selbst besaß, immittirt [8]), und hatten sie es einige Zeit detinirt, so ertheilte der Prätor ein decretum de alienando, worauf denn die Gläubiger durch Verkauf sich zu befriedigen suchten. Die Pfandgläubiger bedurften weder der cessio, noch der immissio, weil das Veräußerungsrecht ihnen auf den Fall der Insolvenz schon gegeben war [9]). Eine Vereinigung aller Gläubiger unter Direction des Richters, eine Befriedigung nach richterlicher Beurtheilung und Entscheidung, (Location §. 323) war also unbekannt. Es gab auch keinen peremtorischen Liquidations-Termin, §. 317 — 318, sondern der Haufe der Gläubiger konnte nach und nach sich mehren [10]). Daher bedarf die Anwendung der Römischen Concursgesetze auf unsern heutigen Concurs viel Vorsicht. Die dortige Trennung der Gläubiger mit ihren Principien fällt in den teutschen Gerichten ganz hinweg, — wenn man von den Separatisten absieht [11]).

II.

Ein Hauptcharakter des teutschen Concurs-Processes ist nämlich dessen Universalität; d. h. alles disponible Eigen-Vermögen des Gemeinschuldners, sey es in dessen Besitz oder nicht, verpfändet oder nicht, liege beisammen oder in verschiednen Gerichten zerstreut [1]), wird als eine Einheit betrachtet, welche unter die Direction des dem generellen Gerichtsstand des Wohnortes jenes Cridars vorstehenden Richters dergestalt tritt, daß das Gericht durch den Curator bonorum [2]) das Ganze in eine Totalsumme zu bringen sucht, um diese unter alle Gläubiger legal zu vertheilen.

Alle Privatveräußerungen durch einzelne Gläubiger fallen daher hinweg, namentlich außergerichtlicher Verkauf der Hypotheken und Faustpfänder. Auch diese werden, unbeschadet des Pfandrechts des Gläubigers und dessen Location von Gerichtswegen veräußert, und müssen an das Concursgericht eingeliefert werden [3]), so daß man, von dem Geiste des teutschen Concursprocesses ausgegangen, den Faustpfandgläubigern nicht

---

Inst. Lib. III. Tit. 13. 8) L. 12. Dig. 42. 5. 9) Thibaut, a. a. O. §. 649 mit S. 1218. 10) Happel, a. a. O. Nota m. des §. 310. Dabelow, a. a. O. Cap. IX. S. 269 ff. 11) S. unten Nr. IV. et V.

1) Vergl. den Zusatz zu §. 313 des Lehrbuchs. 2) S. unten Nr. VIII. 4. 3) S. die Litteratur in der Note o. §. 311. des Lehrb.

einmal ein Retentionsrecht bis zu ihrer Befriedigung gestatten kann. Man muß vielmehr consequent annehmen, daß auch der Faustpfandgläubiger, wenn solcher nicht als Liquidant auftritt, seiner Forderung, und folglich des nur accessorischen Faustpfandrechtes, verlustig sey. Das Faustpfand ist ein Theil der jetzigen Activmasse; und wer die Befriedigung seiner Forderung von dieser Activmasse verlangen will, muß mit diesem Verlangen zur bestimmten peremtorischen Zeit [4]) hervortreten, und ein Mitglied der Gläubiger-Gesellschaft werden.

III.

Auf dieses Gläubiger-Corps geht alles eigene disponible Vermögen des Gemeinschuldners über, und dieser Uebergang ist eine Mischung von cessio, datio in solutum, und mandatum in rem propriam. Eine reine cessio ist nicht vorhanden, indem der Cridar durch Zahlung die noch nicht veräußerte Masse zurückziehen kann [1]), er auch das am Erlös zur Befriedigung aller Gläubiger fehlende, kommt er ad meliorem fortunam, nachzahlen muß. Nicht so verhält es sich bei einer wahren cessio in solutum [2]). Es bedienen sich jedoch die Gesetze selbst des Wortes cessio, und nicht wenige Principien werden aus deren Begriff für die Concurslehre abgeleitet. Das freie Dispositionsrecht gehet auf die Gläubiger nicht über. Sie erhalten vielmehr nur die Befugniß, einen gemeinschaftlichen Pfleger des abgetretenen Vermögens, Curator bonorum, zu wählen [3]), welcher unter des Gerichts Aufsicht und Autorität handelt. Ein vom Richter bestellter Repräsentant des Gemeinschuldners, Curator litis [4]), sucht sogar Grund und Wahrheit der einzeln Forderungen zu bestreiten. Die Masse ist also den Gläubigern nur als Objectum executionis judicialis cedirt, insoweit ihre Forderungen gegründet sind. Daher mögte es vergeblich seyn, bei diesem singulären nicht ganz römischen, Rechtsgeschäft von einem einfachen römischen Grundprincip auszugehen. Am wenigsten aber sind die Gläubiger successores universales des Cridars [5]). Aus dem Grundsatz: „sie sind nur successores singulares," und und aus den Principien der Cession, läßt sich auch entscheiden, ob die persönlichen Verbindlichkeiten des Cridars auf die Gläubiger passiv übergehen? Nach L. 8. §. 1. Dig. 42. 5. scheint es so; denn es sollen die Gläubiger des

---

4) Mittelst der Liquidation im Liquidations-Termin §. 318. 1) L. 2. et 4. Cod. 7. 71. L. 3. Dig. 42. 3. 2) L. 3. Cod. 8. 42. 3) S. unten Nr. VIII. 4. 4) S. unten Nr. VIII. 3. 5) Inst. Lib. III. tit. 13. Thibaut a. a. O. §. 1223.

Digitized by Google

Gemeinschuldners dessen Verpacht aushalten. Allein hier ist nur die Rede von dem Zeitpunkt der römischen immissio, vor erkanntem decreto de alienando — und jene immissio enthielt keine cessio, sondern eine nudam detentionem et custodiam [6]). Im allgemeinen aber ist der successor singularis nicht verbunden, die persönlichen Rechte anzuerkennen, welche sein Veräußerer der Sache an dieser einem Dritten eingeräumt hat, sondern dieser Dritte muß sich an seinen Contrahenten halten — im Concurs also an die Concursmasse. Hier muß er als Liquidant sein Interesse fordern [7]). Dahingegen geben die alienablen persönlichen Aktivrechte auf die Gläubiger über. Sie werden als Objectum executionis mit cedirt, z. B. Forderungen, und können cedirt werden 8). Sind aber mit jenen Verbindlichkeiten des Cridars auch Activrechte verbunden, z. B. dieser ist Pachter, so muß man auch hier das Princip an die Spitze stellen, daß persönliche Verbindlichkeiten ohne Zustimmung des Gläubigers nicht cedirt werden können [9]), und daß also, weil die cessio bonorum nur ein Rechtsgeschäft zwischen dem Cridar und den Gläubigern ist, z. B. der Verpachter gegen diese kein Recht erhält, von ihnen die Fortsetzung des mit dem Cridar eingegangenen Verbindlichkeits-Verhältnisses zu verlangen, daß hingegen aber auch die Concursgläubiger den dritten (Verpachter) rechtlich nicht nöthigen können, mit ihnen jenes Rechts- und Verbindlichkeits-Verhältniß des Cridars fortzusetzen, z. B. die Gläubiger-Gesellschaft als Pachter statt des Cridars anzuerkennen. Weil man jedoch den Genuß solcher Activrechte, welche mit Verbindlichkeiten vermischt sind, auf die Zeitdauer der Activrechte einem Dritten cediren kann, namentlich den Pacht als Afterpacht [10]) und weil nicht folgt, daß der über des Contrahenten Vermögen entstandene Concurs an sich dessen Rechts- und Verbindlichkeits-Verhältniß zu seinem Contrahenten auflöse, wenn nicht eine Unmöglichkeit der Zahlung, oder deren Zurückbleiben, den Rechtsgrund zu jener Auflösung abgiebt [11]); so ist es allerdings möglich, daß, wenn der Cridar jenes Verhältniß fortsetzen will, und das hierzu Erforderliche zu leisten vermag [12]), dasselbe, z. B. der Pacht, fortdauern könne. Der Gewinn aber würde dann der Masse zufließen, verhinderte

---

6) L. 9. §. 4. Dig. 42. 5. L. 3. §. 23. Dig. 41. 2. 7) Thibaut, a. a. O. §. 994. ibi leg. 8) Thibaut, a. a. O. §. 75. 9) L. 1. et 6. Cod. 8. 42. 10) Thibaut, a. a. O. §. 77. u. 862. 11) Wie z. B. in L. 54. et 56. Dig. 19. 2. 12) Etwan durch Vorschuß aus der Masse, durch Unterstützung eines Dritten u. dgl. Ein Zwang des Cridars findet nicht statt. S. unt. m. VII.

nicht dieses eine besondere rechtsgültige Bestimmung [13]). Ein Pacht mit dem Fiskus, die Societät und das Compromiß, erlöscht jedoch durch den Concurs [14]).

Als Grundregel ist also aufzustellen: „Das Gläubiger-Corps erwirbt alle cessiblen Activrechte des Cridars, kann sie ausüben, muß aber nicht, weil jeder auf sein erworbenes Recht verzichten kann. Die persönlichen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners hingegen geben auf jene Gesellschaft nicht über, sondern wer dergleichen Leistungen an den Cridar zu fordern hat, muß sich entweder an dessen Person halten, oder als Mitgläubiger der Concursgesellschaft (als Liquidant) sich anschließen. Dann ist die Aktivmasse, nicht das Gläubiger-Corps, als das verbindliche Subject anzusehen." Reallasten folgen immer der Sache, mithin dem Besitzer des belasteten Objects [15]).

IV.

Die Universalität des Concurses erhält eine Ausnahme in den sogenannten Separationsfällen, wo ein Theil von der Hauptmasse abgerissen und einer besondern Vertheilung ausgesetzt wird. Einen solchen Separat- oder Partikular-Concurs bilden

1) Creditores hereditarii — i. e. die Gläubiger und Legataren [1]) eines Erblassers des Cridars, wenn jene innerhalb 5 Jahren nach der Erbschaftsantretung die Separation der Erbmasse ihres ursprünglichen Schuldners fordern, und nicht nach der Antretung den Erben selbst als ihren Schuldner anerkannt haben — fidem ejus sequuti sunt — z. B. durch Creditiren nach der Verfallzeit [2]).

2) Die Gläubiger eines Haussohns in Hinsicht des peculii militaris [3]).

3) Die Gläubiger eines Sclaven, welcher zwei getrennte tabernas hatte. Hier konnte, oder mußte, jeder Gläubiger seine Befriedigung von derjenigen taberna fordern, in Rücksicht auf welche er dem ihr vorgesetzten Sclaven creditirt hatte [4]). Obgleich dieses in dem römischen Princip seinen Grund findet: „man könne sich mit dem Rechtsanspruch an einem Sclaven nur an dessen peculium halten, in Rücksicht auf welches man mit ihm contrahirt hatte" [5]), dahingegen der freie

---

13) Ob diese rechtsmöglich und den Concurs-Gläubigern hinderlich sey, z. B. durch des Vorschießenden Bedingung, „dem Cridar selbst, oder dessen Kindern u. d. gl., solle der Gewinn verbleiben", ist hier nicht näher zu beleuchten. 14) Thibaut, a. a. O. §. 1223. a. f. ibi leg. 15) Thibaut, a. a. O. Boehmer, in elect. jur. civ. T. I. exerc. XI. 1) L. 40. Dig. 44. 7. 2) L. 1. §. 1. L. 6. Dig. 42. 6. Thibaut, a. a. O. §. 1224. 3) Thibaut, a. a. O. §. 1224. Not. p. ibi all. 4) L. 5. §. 15 et 16. D. 14. 4. 5) Denn

Mann durch contrahirte Verbindlichkeiten sich selbst und so sein ganzes Vermögen verpflichtet [6]), so hat man doch jenes Gesetz in der Praxis auf solche freie Kaufleute ausgedehnt, welche zwei verschiedene Handlungen haben [7]).

4) Creditores feudales — welche Absonderung des Lehns verlangen können [8]).

Der durch Separatisten veranlaßte Particularconcurs kann mancherlei, von dem Verfahren und Folgen des Hauptconcurses verschiedene Folgen haben [9]), und es unterscheidet sich von ihm, vorzüglich in Bezug auf Veranlassung, der Fall, wann der Cridar in verschiedenen Ländern Vermögen besitzt, und in jedem ein besonderer Concurs eröffnet wird [10]).

V.

Hat nun ein Concurs sich gebildet, universell oder particular, so sind doch diejenigen, welche in ihm mit Ansprüchen an die nämliche Masse auftreten, in ihrem Rechtsverhältniß zu dem Gemeinschuldner und dessen seitherigen Besitzthum nicht gleich. Unter ihnen kann es geben

1) Vindicanten, Separatisten ex jure dominii [1]) i. e. welche ein selbstständiges, nicht blos accessorisches [2]) Recht als wahre Gegner der Masse wider diese so verfolgen, daß sie mittelst einer dinglichen Klage aus der Masse ein in dieser in Natur noch vorhandenes Object deshalb fordern, weil es nicht zur Masse, sondern ihnen eigenthümlich zugehöre. Diese wider die Masse und deren Inhaber auftretende Kläger wollen in die Gemeinschaft der Concursgläubiger nicht eintreten [3]).

2) Creditores massae i. e. Gläubiger des Concursgläubiger-Corps, (Nr. 4.) vorzüglich diejenigen, welche

---

für seine Person konnte er sich ex contractu gar nicht civiliter verpflichten. §. 6. Inst. 3. 20. L. 14 et 43. in f. Dig. 44. 7. L. 22. pr. Dig. 50. Dig. 50. 17. L. 3. p. D. 15. 1. 6) L. 50. §. 1. Dig. 5. 1. 7) Vergl. Thibaut, a. a. O. §. 1224. Note o ibi all. Auf keinen Fall aber darf man es noch weiter ausdehnen auf verschiedene, zu der nämlichen Handlung gehörige, Niederlagen, z. B. in Commission. 8) Boehmer, in princ. jur. feud. §. 322. 9) Danz, in den Grundsätzen der summ. Prozesse §. 163. edit. 1806. 10) Vergl. Zusatz zu dem §. 213 des Lehrb. 1) Diese und die unter Nr. IV. erwähnten Separatisten unterscheidet man auch mit den Beiwörtern eigentliche und uneigentliche, auch Quasi-Separatisten, ohne jedoch in dieser Benennung gleichförmig zu seyn. Auch nimmt man die unter IV. Separatisten ex jure crediti. Schmidt, von den Separatisten Th. II. §. 1. f. Gmelin, Ordn. der Gläubiger Cap. 1. 2) Blos accessorisch ist bekanntlich das Pfandrecht. 3) z. B. die Ehefrau, welche ihre noch in Natur vorhandene Dotal- oder Paraphernal-Güter aus der Concursmasse ihres Mannes zurückfordert. Thibaut, a. a. O. §. 1224. M. Rechtsfälle. Heidelb. 1817. S. 196. Nr. 1. a. b. S. 452. Nr. 1. 2. 3.

nach Eröffnung des formellen Concurses zur Erhaltung der Masse etwas leisteten [4]). Auch gehören dahin die nach eröffnetem Concurs auflaufenden Reallasten; während die vorher rückständigen zur Liquidation gehören [5]).

Die Vindicanten und Massegläubiger sind nicht pflichtig, in den eigentlichen Concurs nicht einzulassen. Erstere führen im Grunde einen besondern Proceß gegen die Gesammtheit der Concursgläubiger, und sind also auch an den Liquidationstermin §. 218 nicht gebunden [6]), wenn nicht die öffentliche Ladung an sie ausdrücklich mitgerichtet ist [7]). Doch kann es auch für sie Cautel seyn, in jenem Termin zu erscheinen, um entweder hier die Klage vorzubringen, oder zu wiederholen, oder wohl gar eventuell die Summe zu liquidiren, welche sie auf den Fall eines Mißlingens ihrer Separationsklage in Anspruch nehmen [8]). Die Massegläubiger können verlangen, von dem Bestand und Erlös der Masse voran befriedigt zu werden [9]).

3) Diejenigen, welche rein und streng persönliche Klagen wider den Cridar haben, so daß dieser selbst noch Leistung vermag [10]). Auch Gläubiger dieser Art haben mit dem Concurs nichts zu schaffen, und müssen besondere Klagen gegen den Cridar erheben; es wäre denn, daß dieser nicht erfüllen könnte, und die Nichterfüllung ein klagbares, nach Geldwerth zu bestimmendes, Interesse zu Folge hätte [11]). Auf diesen Fall können sie dieses als Concursgläubiger (Nr. 4.) liquidiren, und es ist wenigstens Cautel, dieses in eventum zu thun.

4) Die eigentlichen Concursgläubiger, i. e. welche solche Forderungen an die Person des Cridars haben,

---

4) z. B. das Local zur Aufbewahrung der Masse vermiethen, Handwerksleute, welche Bestandtheile derselben in Auftrag des curatoris bonorum bearbeiten u. dgl. 5) Gmelin, a. a. O. S. 76 u. 108. 6) Wer nicht locirt seyn will, ist auch nicht schuldig in dem Liquidations- oder Professions-Termin §. 318 zu erscheinen, um hier den Grund zu seiner Location zu legen. Nur die eigentlichen Concursgläubiger Nr. 4. werden nach Classen locirt. §. 323. 5) Vergl. Gmelin, a. a. O. Cap. 1. §. 17. 8) z. B. es ist zweifelhaft, ob der Vindicant sein Eigenthum werde beweisen können, ob das Eigenthum der Sache auf den Gemeinschuldner übergegangen sey, oder nicht u. s. w. Vergl. M. Rechtsfälle S. 452. Nr. 1, a. mit S. 453. lit. C. 9) Gmelin, a. a. O. Cap. 2. §. 1. 10) z. B. Zustands- u. Injurien-Klagen, oder solche, die nur einen persönlichen Kraftaufwand des Cridars zum Gegenstand haben – locatio conductio operarum u. dgl. Vergl. Lit. not. 5. §. 311. des Lehrb. 11) Dahin kann man wohl Geld-Privat-Strafen, z. B. bei einer actio aestimatoria nicht unbedingt rechnen, sondern man würde dieselben, nach der Analogie der öffentlichen Geldstrafen, auch den bloßen Chirographeriern nachsetzen müssen, arg. L. 37. Dig. 49. 14. L. un. Cod. 10. 7.

Digitized by Google

die nur auf dem Weg des Concursprocesses durch Theilnahme an dem Erlös der versilberten Activmasse erlediget werden können. Nur diese sind die Subjecte, auf welche als succ. singular. S. 348. als gesellschaftliche, jedoch möglicher Weise untereinander sehr abweichend berechtigte, Theilhaber an jenem Erlös, das eigene disponible und cessible Activvermögen des Gemeinschuldners übergeht. — Sie bilden die Gläubiger-Gemeinschaft oder Gesellschaft, und diese wird, insoferne von der Erhaltung und Mehrung der Activmasse die Rede ist, von dem Curator bonorum repräsentirt, obgleich dessen Pflege auch die von Separatisten in Anspruch genommenen Objecte bis dahin zum Gegenstand hat, wo im Gefolge eines rechtskräftigen Erkenntnisses über die Separation jener Objecte diese von der Activmasse getrennt werden. Als Corpus betrachtet sind die Concursgläubiger Gegner aller Separatisten und des Curatoris litis. Dieser sucht, als Repräsentant des Cridars, ihre Forderungen zurückzutreiben, oder durch peremtorische Einreden zu entkräften, damit die Masse zum Vortheil des Cridars [12]) so weit als möglich reiche. Indirect wirkt er also auch zum Vortheil der gegründeten Forderungen. In dem Inneren der Gesellschaft der Gläubiger, jeden von diesen als einzeln und selbstständig betrachtet, sind sie aber unter einander selbst Gegner — ein bellum omnium contra omnes regt sich unter ihnen; denn möglicher Weise will jeder dem andern sich vor- und ihn zurückdrängen, wenigstens ihm gleich seyn, um entweder vermöge einer Priorität von dem Erlös aus der Masse voran befriediget zu werden, ehe der Mitgläubiger zur Perception seiner liquidirten Forderung gelange, oder doch ein gleiches Theilungsrecht mit jenem sich zu sichern. Daher trennen sie sich im Prioritäts-Verfahren §. 321. Hier stehet jeder als einzelnes Subjekt und sucht seinen Vorzug durch einen besondern Rechtsfreund zu rechtfertigen, will er sich hierunter nicht dem officio judicis überlassen [13]). Es ist aber auch denkbar, daß in jener Gesellschaft sich andere einzelne Gesellschaften bilden, zum Widerstreben gegen einzelne oder mehrere Mitgläubiger §. 324. Uebrigens gehören auch die mit dem höchstprivilegirten Pfandrecht bewaffneten Gläubiger eben sowohl zur Gesellschaft der Concursgläubiger, als die blosen Chirographarier; denn ihr Pfandrecht ist nur accessorium, die per-

---

12) Denn dieser bleibt ja verbindlich, reicht die Masse nicht aus. S. 348 f. 13) Die Priorität an sich ist ein punctum juris und also vom Richter, ist ihm das factische gegeben und erwiesen, (Wahrheit und Pfandbefestigung der Forderung) von Amtswegen zu reguliren.

Digitized by Google

sönliche Forderung ist das principale. Ueber sie erstreckt sich die teutschrechtliche Universalität des Concurses mit; dieser lößet ihr Veräußerungsrecht, selbst das Retentionsrecht, in soweit auf, daß das Gericht an ihrer Stelle thätig wird und das verpfändete Object veräußert, das Pfandrecht an sich jedoch unverrückt stehen bleibt, und theils im Laufe des Verfahrens §. 312 und 314, hauptsächlich aber in der durch die Lokation §. 321, ausgesprochenen Priorität (Rangordnung in Ansehung der Befriedigung,) sich ausspricht.

VI.

Besondere Eigenheiten des Concursprocesses sind:

1) In ihm findet sich auf Seiten der Kläger eine sonst unerlaubte subjective Klagenhäufung [1]).

2) Die Kläger sind gegen die Regel §. 36. not. k. u. §. 95., insoferne zur Klage (Liquidation) genöthiget, als sie an dieser Masse Theil nehmen wollen.

3) Die exc. pluris petitionis tempore fällt weg §. 318. not. t., ebenfalls wider die Regel des Gesetzes [2]).

4) Der eigentliche Beklagte darf der Regel nach nicht selbst handeln, sondern das Gericht setzt ihm einen Stellvertreter — den Curator litis nr. VIII. 3.

5) Das forum domicilii, welches sonst mit begründeten speciellen Gerichtsständen, z. B. des Contracts, nur electiv concurrirt, §. 45. wird ausschließlich [3]) — von Separatconcursen abgesehen §. 313.

6) Die Thätigkeit des Richteramtes ist umfänglicher, als in den übrigen Civil-Proceßarten, und

7) es wird gewissermasen mit der Execution der Anfang gemacht;

8) sein Anfang ist nicht gleichförmig, und weniger geregelt. §. 312.

VII.

Die Eintheilung des Concurses in den materiellen und formellen, wohl auch, wie manche wollen, den imminenten [1]), beziehet sich nicht auf den Proceßgang, sondern nur auf die Frage: „wann hört das Dispositionsrecht des Cridars auf? wann begründet sich die actio Pauliana, oder eine Nichtigkeitsklage wegen einer von ihm unternommenen Alienation?“ — Nach den Gesetzen verliert der überschuldete debitor das Dispositionsrecht nicht eher, als bis sein

---

1) M. Handbuch Th. 1. S. 71. 2) Lehrbuch §. 136. leg. n. k. 3) Hat der Cridar mehrere fora domicilii §. 45, so muß Prävention entscheiden §. 59, insoferne keine Particular-Concurse entstehen.
1) Danz, an den Grundf. der summar. Proceße §. 144. ff.

Digitized by Google

Vermögen durch einen formellen Act auf seine Gläubiger übertragen, wenigstens zu diesem Zweck jede Veräußerung ihm gerichtl. untersagt worden ist [2]). Nach diesem Princip kann man den formellen Concurs das Verfahren nennen, welches nach jenem Prohibitions- oder Uebertrags-Act eintreten soll. Den vorhergehenden Ueberschuldungs-Zustand, für welchen ein besonderes procedere nicht gegeben ist, und welcher längere Zeit ohne alle gerichtliche Thätigkeit existent seyn kann, nennen nun viele den materiellen Concurs, wäre auch noch nicht einmal ein gerichtlicher concursus creditorum entstanden. Eben diesen Zeitpunkt nennt Danz l. c. den imminenten Concurs, und der materielle ist ihm dann der Zeitpunkt von der cessio an bis zur Edictalladung §. 317., mit welcher ihm der formelle Concurs anhebt. Andere, z. B. Gmelin, Almendingen ꝛc., verbinden wieder andere Begriffe mit jener willkührlich geschaffenen Eintheilung. Man unterscheide:

1) wenn der Schuldner sein Vermögen freiwillig und ausdrücklich cedirt, oder stillschweigend durch eine Flucht, welche als derelictio bonorum sich ansehen läßt, so ist von jener und dieser cessio an der formelle Concurs, der Concursproceß, gegen ihn begründet [3]) — die Wahrscheinlichkeit der Ueberschuldung vorausgesetzt [4]).

2) Cedirt er nicht, weder wörtlich noch thätlich, so ist der erste Act des formellen Concurses und des Concursproceſſes dann gegeben, wann der Richter durch actenmäßige Ueberzeugung der Ueberschuldung und durch das Andrängen der Gläubiger bewogen und berechtigt, die erste Verfügung erläßt, welche den Gläubigern das Vermögen sichern soll — ein Veräußerungsverbot §. 312. eine Arrestverfügung u. d. gl. Dort und hier reihet sich die Edictalladung der unbekannten Gläubiger gewöhnlich an; allein den Anfang des formellen Concurses bezeichnet sie nur dann, wann der Richter, ohne Cession und ohne Veräußerungsverbot, oder irgend eine andere Sicherungs-Verfügung, mit ihr den Anfang macht. Dieses aber wird sehr selten der Fall seyn. Hingegen kann jene öffentliche Ladung nach wirklich eröffnetem Concursproceß zufällig noch lange sich verzögern.

---

2) L. 6. §. 7. Dig. 42. 8. 3) Die Cession ist hier kein erster Act; durch diesen eröffnet der Cridar den förmlichen Concurs selbst. 4) Auch von dem freiwilligen Cedenten kann und muß der Richter verlangen, die vorgegebene Ueberschuldung durch eine Uebersicht seines Activ- und Passiv-Vermögens wahrscheinlich zu machen. Der Staat selbst, und alle Gläubiger, haben ein Interesse dabei, daß der Concursproceß nur dann eröffnet werde, wann die Gläubiger auf einen andern Proceßweg nicht geschieden und befriediget werden können.

Die Concurs-Eröffnung mag nun auf jene oder diese Weise eintreten, so hört mit ihrem Augenblick das Dispositionsrecht des Gläubigers auf — alle nachherigen Veräußerungen desselben sind nichtig [5]). Zu deren Anfechtung bedarf man also der actio Pauliana nicht; sondern diese beziehet sich auf Veräußerungen in einem Zeitpunkt, wo der Schuldner seines Dispositionsrechtes noch nicht enthoben war [6]).

Sollte jedoch ein Schuldner nur zu dem Zweck seine Gläubiger zur Liquidation vorladen lassen, um seine Vermögenskräfte, ob er überschuldet sey oder nicht, sicherer berechnen zu können, so ist dies noch keine Cessio, sein Dispositionsrecht ist noch nicht aufgelößt. Allein eine praes. malae fidei kann für Veräußerungen in diesem Zeitraum sich begründen, und der Richter kann sich bewogen finden, Alienationen bis zur Erforschung des Vermögenszustandes zu probibiren.

Es ist aber der Gantmann nicht zwangspflichtig, nach eingetretenem Concurs etwas für die Masse zu erwerben. Er kann daher ihm anfallende Erbschaften ausschlagen ꝛc. [7]). Dahin ist aber nicht zu rechnen, wenn der Erwerb durch eine vor dem formellen Concurs unternommene positive Handlung des Cridars schon begründet, schon bedingt erworben war, und nachher erst reif und realisirt wird [8]). Oft suchen die Gläubiger den Gemeinschuldner cautelarisch durch ein Versprechen zu binden, neuen Erwerb nicht auszuschlagen. Aber auch zu diesem Versprechen ist er auch nicht zwangspflichtig. Erwirbt er während des Concurses neues Vermögen, ohne daß, wie vor bemerkt, der Grund des Erwerbes an sich in die Zeit vor der Eröffnung des Concurses zurückfällt, so gehört jenes nicht zur jetzigen Masse, sondern muß nach den Principien beurtheilt werden, als sey der Cridar ad meliorem fortunam gekommen §. 325.

VIII.

Einige andere Wirkungen des eingetretenen Concurses sind:

1) Der dolo oder culpa lata in den Ueberschuldungszustand gerathene Gantmann kann resp. als Betrüger, resp. als Verschwender, seine Ehrenrechte, Gildenrechte u. d. gl., wohl

---

5) L. 6. §. 7. Dig. 42. 8. 6) Thibaut, a. a. O. §. 1219, mit §. 1227. 7) L. 134. Dig. 50. 17. L. 67. §. 1. Dig. 36. 1. L. 6. pr. §. 1 — 4. Dig. 42. 8. L. 1. §. 6. Dig. 38. 5. 8) z. B. die Forderung war nur noch nicht zahlfällig, oder sie war bedingt, die Bedingung aber wird erst nach eröffnetem Concursproceß existent; oder das vor diesem Zeitpunkt gekaufte Lotterieloos gewinnt nachher. Auch gehört hieher, wenn dem Cridar möglich bleibt, einen vor dem Concurs geschlossenen lucrativen Contract fortzusetzen, z. B. Pacht. S. oben Nr. III.

Digitized by Google

auch die väterliche Gewalt verliehren und einer öffentlichen Strafe unterworfen werden — nach dem Grad des dolus und der culpa §. 312. lit. p. u. t. Den durch Unglück Ueberschuldeten hingegen ist die cessio bonorum als Rechtswohlthat gegeben, ohne Verlust seiner Ehren- und persönlichen Rechte. Ihm gebührt für die Folge das benef. competentiae. §. 225.

2) Da der Cridar auch während des Concurses noch als Eigenthümer der Masse anzusehen ist, Nr. 111. so trifft der solche beschädigende oder vernichtende Zufall ihn selbst. Er bleibt verbindlich in Rücksicht dessen, was aus dem Erlös der Masse nicht erlediget werden kann. Wenn aber manche aus L. 3. §. 8. Dig. uti possidetis folgern wollen, „die Concursgläubiger seyen nicht einmal Civilbesitzer der abgetretenen Masse," so ist dies eine Verwechselung mit der ersten, nur custodiam gebenden, immissio der römischen Chirographarier. S. 349.

3) Mit dem Dispositionsrecht über die Masse verliert der Gemeinschuldner auch desselben Ausfluß, §. 100., „Proceß wegen ihrer Bestandtheile zu führen." Daher, und wegen der Besorgniß einer Collusion mit einzeln Gläubigern — wegen der Gefahr eines betrüglichen Zugeständnisses unwahrer Forderungen, um dann davon zu participiren — bestellt der Richter den Contradictor, auch Curator litis genannt, an des Gantmanns Stelle, als vereideten Sachwalter und rechtskundigen Beistand [1]) des gleichsam mundtodten Gemeinschuldners. [2]) Der Contradictor soll auf die Forderungen der Gläubiger antworten, ob sie wahr seyen, oder nicht, er soll aufgefundene Einreden aufstellen u. wirksam machen. Seine Instruktion schöpft er aus den frühern Schuldacten, aus den zu dem Vermögen und Gewerb des Cridars gehörigen Urkunden, von Personen, welche mit desselben Verhältnissen bekannt sind, u. s. w. [3]). Von dem Gantmann selbst erforschte Thatsachen und Aufschlüsse muß er mit höchster Vorsicht benützen, besonders wenn dessen Redlichkeit Zweifel wider sich hat, und insoferne des Cridars Erklärung Personen nützlich seyn würde, aus deren Verhältniß zu ihm der Argwohn einer Begünstigung hervorgehet, z. B. wegen der Illaten des Eheweibes u. d. gl. Mehr Glauben verdient der Gemeinschuldner, insoferne dieser Forderungen verneint und Einreden an die Hand giebt. Der Contradictor stehet also den eigentlichen Concursgläubigern als Beklagter gegenüber. In Hinsicht auf die Vindicanten und Massegläubiger ist auch die Gläubigergesellschaft als beklagter

---

1) Die Regel nach aus der Zahl der zur Praxis legitimirten Advocaten.
2) Stepf, cit. im Lehrb. Danz, in den Grundsätzen der summar. Proc. §. 179. ff. 3) Danz, a. a. O. §. 181.

Theil zu betrachten, und sollte also durch den Curator bonorum (Nr. 4.) oder einen diesem gegebenen Rechtsbeistand, actor communis, sich gegen jene Ansprüche vertheidigen lassen. Auch hat der Cur. bon. für die Vermehrung der Masse zu sorgen und also die Außenstände, entweder selbst, oder durch einen actor communis, einzuklagen. Doch pflegt man dem Contradictor oft auch die Vertheidigung gegen die Vindicanten ꝛc., so wie auch das Beitreiben der Außenstände (resp. durch Wiederklagen) zu überlassen. Beides hat auch seinen guten Grund; indem auch dem Cridar daran gelegen seyn muß, daß nichts rechtwidrig von der Masse abgerissen, vielmehr alles zu ihr gehörige beigetrieben werde, damit selbige soweit als möglich reiche, und er hierdurch in tantum von seinen Verbindlichkeiten frei werde. Die Prioritat der einzeln Gläubiger hingegen gehet den Contradictor als solchen nichts an [4]). Wird er jedoch, wie hie und da geschiehet, besonders beauftragt, auch gegen die Vorzugsrechte sich zu sträuben, so ist es Cautel, daß er blos das Nichtseyn des von einem Gläubiger behaupteten Vorzugsrecht bestreite, (soferne dies rechtlich geschehen kann) ohne dabei den Vorzug eines andern Gläubigers zu rechtfertigen. Denn hierdurch regt er den Verdacht der Parteilichkeit wider sich auf [5]).

4) Obgleich der Cridar das periculum interitus vel deteriorationis behält, (Nr. 2.), so haben die Concursgläubiger doch custodiam — und sind ihm daher, nebst dem Gericht, für die bestmöglichste Erhaltung und Vermehrung des Masse verantwortlich. Daher der zu bestellende Curator bonorum seu massae — Güterpfleger, Masseverwalter. Solcher ist ein

---

4) Die Priorität ist lediglich Sache des einzeln Gläubigers, welcher durch ein behauptetes Vorzugsrecht andere Gläubiger zurückdrängen, oder durch Widerstreit gegen ein von einem Mitgläubiger für sich in Anspruch genommenes Pfandrecht diesem Prätendenten wenigstens gleich bleiben will. Auch kann hier ein litis consortium auf Seiten des widersprechenden Theils entstehen z. B. mehrerer Chirographarier gegen einen angeblichen Pfandgläubiger. 5) Es ist ein wahrer Widerspruch, den Repräsentanten und Beistand des Gemeinschuldners zugleich auch die Rolle eines Beistandes einzelner Gläubiger zu übertragen. Auf diese Weise wird dem Contradictor möglich, diejenige Parteilichkeit zu realisiren, welche durch den Ausschluß des Cridars vermieden werden soll. Insoferne hingegen jener das Daseyn eines Vorzugsrechtes blos negirt, u. dadurch den Prätendenten zum Beweis nöthiget, oder insoferne er Gründe des Nichtseyns oder der Wiederauflösung jenes Vorzugrechtes aufstellt und beweiset, wahrt er auch zugleich das Interesse des Gemeinschuldners. Bedenklich bleibt aber dabei immer sein Geständniß des Vorzugsrechtes einzelner Gläubiger, ergiebt es sich nicht sonst aus den Acten oder Rechten. Den dabei interessirten Gläubigern muß immer offen stehen, des Prioritäts-Punktes wegen besonders zu kämpfen.

Digitized by Google

procurator communis der Concursgläubiger. Diese wählen ihn daher durch Stimmenmehrheit 6). Ein gesetzliches Pfandrecht an sein Vermögen haben die Gläubiger nicht, weil er nicht Curator in dem Sinne ist, wie der gesetzlich-nothwendige Curator. Er soll aber Caution bestellen durch Bürgen oder Pfand. Als Vollmacht erhält er eine Instruktion, wohl schon Landesgesetzlich vorgeschrieben. Wo jene Instruktion nicht ausreicht, müssen alle Concursgläubiger über ihre specielle Willensmeinung befragt werden. Aus der L. 2. cit. 42. 7. läßt sich jedoch nicht schließen, daß auch wegen der Instruktion in den Verwaltungs-Geschäften Stimmenmehrheit unter den Concursgläubigern entscheide, indem die Folgerung von der Wahl der Person auf letztes zu weit greift. Eher könnte man nach der Analogie der L. 8. Cod. 7. 71. von der Summengröße ausgehen 7). Oft wählen die Gläubiger einen sie repräsentirenden Ausschuß, an welche sich der Curator bonorum zum Empfang nöthiger Instructionen zu wenden hat. Dann ist es Cautel, Stimmenmehrheit unter den Mitgliedern dieses Ausschusses vertragsmäßig festzusetzen 8). Des Güterpflegers erste Pflicht ist die Herstellung eines Inventars der Activmasse 9), der Regel nach unter Concurrenz des Gerichts. Ist der Masseverwalter nicht Advocat, so wird ihm häufig ein Rechtsfreund beigegeben, zur Beitreibung der Außenstände und zur Vertheidigung gegen die Vindicanten u. d. gl., insoferne dieses dem Curator litis nicht überlassen wurde. Auch sind mehrere Curatores bonorum denkbar, resp. mit getheilten Geschäften 10). Uebrigens tritt überall die Oberaufsicht und Direction des Gerichts ein, als Wache über das Ganze, auch zum Vortheil des Cridars. Eben, weil auch dessen damnum mit auf dem Spiel stehet, sollte auch der Curator litis bei den

---

6) L. 2. pr. Dig 42. 7. 7) Das gemeine Recht hat hier eine Lücke. Nach der Natur der Sache sollte unter der Leitung des Gerichts auch der Curator litis, als Vertreter des Gemeinschuldners, nebst allen Interessenten der Masse, mit Inbegriff der Vindicanten, Separatisten u. s. w., zugezogen und, im Fall verschiedene Meinungen, das Erachten Sachverständiger die Basis der Verwaltungs- u. resp. Veräußerungs-Instruction werden. Ja es kann hier das richterliche Nothrecht, Sachverständige als Gehülfen des Gerichts ex officio beizuziehen (§. 123 e. des Lehrb.), zur Anwendung kommen. 8) Diese Commission muß man als von den Interessenten gewählte Sachverständige betrachten, unter welchen gem. R. u. Stimmenmehrheit nicht entscheidet. Lehrb. §. 207. Ohne diese sind aber die Verwaltungs-Geschäfte großer Verzögerungs-Gefahr ausgesetzt. 9) Claproth, a. a. O. Danz, a. a. O. §. 172. M. Rechtsfälle Nr. 15c. S. 450. 10) L. 2. §. 2. Dig. 42. 7. Gezwungen wird der Regel nach niemand, die Curatel der Masse zu übernehmen; denn sie ist weder ein officium publicum, noch ein munus. Auch kann der Curator eine Bezahlung seiner Mühewaltung fordern. Danz, a. a. O. §. 170. 171.

Digitized by Google

Verfügungen über die Masse und den desfallsigen Instructionen des Massecurators zugezogen werden, im Fall einer verschiedenen Willensmeinung dieser Subjecte aber richterliche, nöthigenfalls durch Sachverständige unterstützte, Entscheidung den Ausschlag geben [11]). In minderwichtigen Concursen unterbleibt bisweilen die Bestellung eines Güterpflegers, und es wird dann die Masse von Richteramts wegen custodirt. Ja ist der Cridar als redlicher, schuldlos in den Concurs verfallener Mann bekannt, und als solcher in den Voracten gerechtfertiget, so läßt man ihn wohl, besonders in geringfügigen Concursen, auch zu, seine Person selbst zu vertreten [12]). Kein Gläubiger kann Contradictor werden. Dieser wäre Kläger und Beklagter in einer Person. Wohl aber darf der gewählte Curator bonorum ein Gläubiger seyn, als procurator in rem suam und seiner Mitkläger [13]).

5) Der Concurs ist keine novatio, löset des Cridars Verbindlichkeiten nicht auf. Nr. 2. seq.; allein alle gegen ihn anhängige Processe werden einstweilen, bis zur Fortsetzung nach der Liquidation, sistirt, wäre auch schon Execution erkannt, §. 318. Denn kein Gläubiger, wäre auch dessen Recht völlig klar, darf vor dem andern befriediget werden, sondern erst die richterliche Location muß aussprechen, ob und wie er zu befriedigen sey [14]). Auch die Execution durch Wechselarrest fällt, der richtigen Meinung nach, hinweg [15]). Denn die Person ist nicht cedirt, und wenn man gerade hieraus auch folgern wollte, daß also der Wechselgläubiger jenes zur Masse nicht gehörige Executions-Object in besondern Anspruch nehmen könne, so hat doch auch der Wechselarrest nur den Zweck, „daß der Schuldner die Zahlung herbeischaffen soll." Ist aber dieses durch die cessio all seines disponiblen Vermögens unmöglich gemacht, so muß mit dem Zweck auch das Mittel hinwegfallen. Auf die mitleidige Erlösung durch einen Dritten zu rechnen [16]), ist wenigstens nicht gesetzlich. Ueber dieses soll in Concursproceß nur eine Verfahrungsart statt finden. Alle Liquidanten müssen ihre Forderungen nach den Regeln des unbestimmten summarischen Processes anbringen; der Gebrauch des Mandats-Executiv- und Wechsel-Processes fällt der Natur der Sache nach hinweg; der Liquidant muß, seiner liquiden Urkunden ungeachtet, auch die illiquiden Einreden, Antwort auf diese, und ihren Beweis durch langsame Beweismittel, sich gefallen lassen, indem alles hier auf einmal auf das Reine kommen, nichts aber ad separatum verwiesen werden soll [17]).

6) Mit dem Eintritt des formellen Concurses wird auch der Lauf der vom Cridar schuldigen Vorzugszinsen unterbrochen, d. h. von der Masse, oder von dem Concursgläubiger-Corps, können diejenigen usurae morae nicht gefordert werden, welche erst nach dem Eintritt des formellen Concurses entstehen. Denn die Gläubiger sind nicht in mora. Gegen den nachher neues Vermögen erwerbenden Cridar findet aber ihre Forderung allerdings statt, weil seine Verbindlichkeiten durch den Concurs sich nicht auflösen. Nr. 2. und 5.

---

11) Vergleiche S. 359. 12) Allenfalls auch unter Beirath und Mithülfe eines Advokaten. 13) Dieses war bei den Römern sogar die Regel. L. 8 u. 9. pr. Dig. 42. 4. mit L. 2. § 4. Dig. 42. 7. 14) Man pflegt jedoch solche höchst liquide, nach Lage der Acten allen Gläubigern unstreitig vorgehende, Forderungen auszunehmen, welche zwecklos unter der Verwaltung zurückgehalten und wohl der Masse selbst, z. B. durch Gefahr, Zinnsenlauf, nachtheilig werden würden. Doch fordert man auch in diesem Fall eine cautio de restituendo. Lehrbuch §. 311. not. n. Die Vindicanten u. Separatisten sind sobald zu befriedigen, als ihr verfolgtes Recht als gegründet rechtskräftig entschieden ist. 15) Vergl. Pütmann, Wechselrecht § 192. Gönner, a. a. O. Dabelow, in der Entw. der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 529. 16) Ungefähr so wie bei der der cessio debitoris vorausgehenden öffentlichen Ausstellung. Nr. I. S. 346. 17) Struben, in den rechtl. Bed. Thl. 4. Bed. 27. Thibaut, §. 1225.

XXXV.

Ueber juris und facti ignorantia und deren Einfluß auf Rechtsverhältnisse.

Vom
Professor Mühlenbruch zu Königsberg, nunmehr zu Halle.

Eine vollständige und umfassende Darstellung des Gegenstandes, welchen die Ueberschrift andeutet, liegt eben so wenig in dem Plane des Verfassers, als sie den engen Gränzen einer Zeitschrift angemessen wäre. Selbst eine eigentliche Revision der Hauptlehren wird man hier nicht suchen dürfen; bei der Beschränktheit der dem Verfasser zu Gebote stehenden Hülfsmittel wäre ihm diese nicht möglich, — in einer zunächst für anwendende Rechtsgelehrte bestimmten Zeitschrift aber auch nicht an ihrem Platze gewesen. Doch, eine so tief in's Leben eingreifende Rechtsmaterie, über deren Gundbegriffe im Ganzen immer noch so wenig Einverständniß herrscht [1]), einmal wieder zur Sprache zu bringen, dieß dünkte ihm grade an der Zeit, und hier dazu auch der rechte Ort zu seyn. Eigentlich gelehrte Untersuchungen lagen dabei eben so sehr außer seinem Gesichts-

1) Das Gegentheil glaubt freilich Hofeland in seinem Aufsatze: über die Wirkungen der Unkunde des Rechts in Ansehung bestimmter Menschenclassen; (civilistische Abhandl. 1 Thl. Nro. V. S. 231.) — wenn ich anders die Worte: „Mit Uebergehung der allgemeinen jetzt im Ganzen richtig anerkannten Regeln über die Wirkungen der Rechtsunkunde" gehörig zu deuten verstehe! Wie es übrigens um die Wahrheit dieser Behauptung stehe, wird ein flüchtiger Blick auf die Lehrbücher Jedem bald sagen.

kreise, als eine umständliche Prüfung und Wiederlegung der Ansichten einzelner, besonders neuerer, Schriftsteller. Von den Schriftstellern, die ihm zu benutzen vergönnt war, muß der Verf. aber einen dankbar nennen: den vortrefflichen Hugo Donellus. Seine Darstellung ist auch in dieser Lehre gründlicher und consequenter, als Alles dem Verf. sonst bekannt gewordene, und, hätte seine Neigung zu systematisiren und zu generalisiren, wozu besonders hier gewisse, in den Titeln der Pandecten und des Codex — de juris et facti ignorantia — sich findende Rechtsregeln, ihm eine willkommene Veranlassung darboten, — ihn nicht zu manchen irrigen Ansichten und Schlüssen verleitet, so möchte leicht jede neue Schrift über diesen Gegenstand völlig überflüssig seyn [2]).

I.

§. 1.

So oft das Gesetz gewisse Folgen, unabhängig von allem bestimmten Wissen oder Nichtwissen Desjenigen, den sie treffen, eintreten läßt, ist die Berücksichtigung eines Irrthums von selbst ausgeschlossen. Es ist dies der Fall 1.) bisweilen sogar unabhängig von der eignen Willensbestimmung und Willensäußerung dessen, für den daraus eine obligatio entsteht; wenigstens ist es nicht seine Handlung, an welche das Gesetz jene Folgen anknüpft. Hieher gehören folgende Fälle: die actio de effusis et dejectis gegen die Bewohner eines Hauses [3]); die actio de recepto, so wie die actio in factum quasi ex delicto gegen Gastwirthe u. s. w.; die Verbindlichkeiten, welche aus

---

2) Seine Darstellung findet sich: comment. de jure civili, Lib. I. Cap. 17 — 23.

3) Das Gesetz geht hiebei freilich davon aus, daß der Bewohner immer nicht ausser aller Schuld sey —, culpa enim penes eum est; doch begründet diese Vermuthung eine feste Regel, und auch eine wirkliche Schuldlosigkeit kömmt überall nicht in Betracht (Nec adjicitur culpae mentio, etc.) L. 1, §. 4. D. de his qui effuder. vel dejecer.

Digitized by Google

einer an sich erlaubten Geschäftsführung Anderer für Jemanden entstehen können [4]); die Noxalklagen, so wie endlich die Fälle, wo schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Grund einer Verbindlichkeit, auch außer dem Delict, von der Einwilligung des Verpflichteten unabhängig ist, (ubi ex re venit obligatio [5]); namentlich also, wenn Jemand dadurch, daß ein Anderer zu seinem Besten einen Aufwand machte, oder er sonst zu des Andern Nachtheil sich reicher befinden würde, ihm zur Wiedererstattung verpflichtet ist [6]).

§. 2.

Auch dann jedoch, wann II.) von den Folgen eigner — positiver oder negativer — Handlungen die Rede ist, kommt häufig das Wissen oder Nichtwissen, das Recht- oder Falsch-Wissen des Handelnden überall nicht in Betracht.

1) Eine Handlung, bei welcher die als nothwendige Bedingung ihrer Gültigkeit durch die Gesetze vorgeschriebene Form vernachlässiget ist, oder wodurch eine gesetzlich gemißbilligte Verbindung eingegangen, oder eine verbotene Verfügung getroffen wird, ist schlechthin wirkungslos [7]), ohne daß hiebei auf die

---

4) Wohin auch die Fälle des gesetzlichen Pfandrechts zu zählen sind, welche unabhängig von den Handlungen der Verpflichteten begründet werden, z. B. L. 3. pr. D. de rebus eor. qui sub tut. v. cura sunt.

5) L. 46. D. de O. et A. vergl. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 71.

6) Der Fall der L. 1. C. de falsa moneta, gehört aber nicht hieher, wie dieß Donellus (l. c. Cap. 18. §. 2. — nach der Ausg. v. König —) annimmt. Denn offenbar wird hier nur das wissentliche Verschweigen des dominus, mithin dessen indirecte Theilnahme an dem Verbrechen des Falschmünzens, bestraft.

7) An sich ist es auch eine solche, zu deren Vornahme man kein Recht hatte; L. 4. pr. D. de manum. vindicta. Doch kann sie, bei hinzutretender Verjährung, für einen Dritten Rechte erzeugen.

Digitized by Google

sonstige Qualität der Handlung, oder auf die handelnde Person etwas ankäme. Ein Berufen auf Unwissenheit u. Irrthum befreit eben so wenig, als eine gewissen Personen sonst zustehende Rechtsbegünstigung von diesen Folgen. — Eine Ehe z. B. zwischen Geschwistern kann nicht bestehen, ein Testament, wobei die gesetzmäßige Form nicht beobachtet ist, oder worin Notherben übergangen sind, kann nicht gelten, ein Handel nicht aufrecht erhalten werden, wodurch Grundstücke in die Hände solcher Personen kommen würden, welche das Gesetz von deren Erwerbe ausgeschlossen hat —, gesetzt auch, die Handelnden seyen in einem schwer zu vermeidenden Irrthume, oder in einer unbesiegbaren Unwissenheit befangen gewesen, gesetzt, sie gehören zu den Personen, welchen die Gesetze sonst Nachsicht angedeihen lassen. L. 1. C. de interdicto matrim. „Senatusconsulti auctoritatem, quo inter pupillam et tutoris filium connubium saluberrime sublatum est, circumveniri, rusticitatis et imperitiae velamentis non oportet.“ [8]). Immerhin mögen die sonstigen Nachtheile, welche mit der Vernachlässigung einer gesetzlichen Vorschrift bisweilen noch verknüpft sind, in einzelnen Fällen, oder überhaupt für gewisse Personen nicht eintreten; das Geschäft, oder das verbotene Rechtsverhältniß selbst, ist nichts destoweniger ungültig, der daraus etwa zu hoffende Gewinn fällt weg [9]), gegen directe Vermögens-Einbußen aber, welche eine bloße Folge des verfehlten Strebens sind, wie z. B. vergeblich aufgewandte Kosten, ist eben so wenig eine Rechtshülfe möglich,

---

8) Eine andre Anwendung findet sich in L. 40. D. de administr. et pec. tut.

9) So kann namentlich die durch die L. Cornelia denen gedrohte Strafe, welche zu ihrem Vortheil gereichende Anordnungen, in einem fremden letzten Willen niederschreiben, aus besondern Gründen wegfallen, ohne daß darum die Verfügung selbst gültig würde. L. 2. 3. 5. C. de his, qui sibi adscribunt in testamento. — Vergl. §. 9. not. 54.

Digitized by Google

wie gegen die durch bloßen Zufall erlittenen Beschädigungen [10]). — Eine eigentliche Ausnahme von der Regel: daß Rechtsunkunde auf die Gültigkeit formloser Geschäfte, oder rechtswidriger Verfügungen, keinen Einfluß haben könne, ist es nun auch nicht zu nennen, wenn in Hinsicht auf Form oder Inhalt mancher Rechtsgeschäfte gewisse Menschenclassen privilegirt sind, gesetzt auch, diese Befreiungen hätten ihren Grund in einer Berücksichtigung der Rechtsunerfahrenheit der privilegirten Personen; wie dieß bei den Testamentsprivilegien der Soldaten [11]), und in gewisser Hinsicht auch der Bauern [12]), der Fall ist. Für diese Personen gilt in solchen Fällen nur ein anderes Recht; ob sie mit dem regelmäßig geltenden Recht (dem jus commune) bekannt sind, oder nicht, ist dabei ganz gleichgültig, weshalb dann auch die hier einschlagenden Rechtsvorschriften mit unserm Gegenstande in gar keiner eigentlichen Verbindung stehen. Ein gleicher Gesichtspunkt gilt für die Fälle, wo, zum Besten gewisser Personen, und insofern es deren Vortheil erfordert, ein Mangel der regelmäßigen Form eines Rechtsgeschäfts übersehen wird [13]).

---

10) S. Harmenopuli Promptuarium juris (Πρόχειρον τῶν νόμων) I. 12. §. 62. et ibi Schol.

11) Pr. J. de milit. test. L. 1. pr. de test. milit.

12) L. ult. C. de testam. — Indessen hat Justinian den Gesichtspunkt, von dem er ausgeht, nicht rein festgehalten, indem er plötzlich auf die Schwierigkeit abspringt, sieben durchaus fähige Zeugen auf dem Lande zusammen zu bringen, was denn freilich Zweifel darüber veranlassen konnte; ob dieses Privilegium überall auf Bauern zu beschränken sey?

13) Hieher gehört die Bestimmung der Nov. 127. c. 2., wodurch die unterlassene Insinuation der donatio propter nuptias zum Vortheil der Frauen für unschädlich erklärt wird. (Vergl. unten §. 9. not. 58.). Ferner die Bestimmung: daß Minderjährige u. Verschwender aus einem ohne auctoritas tutoris oder consensus curatoris geschlossenen Vertrage zwar ein Recht, oder

2) Bisweilen verknüpft das Gesetz mit dem Eintreten eines gewissen Thatumstandes bestimmte Folgen — läßt Nachtheile eintreten, Rechte entstehen oder aufhören, ohne eine Berufung auf Nichtwissen oder Falschwissen zum Zweck der Abwendung jener Folgen zuzulassen; wobei freilich zum Theil der Gesichtspunkt einer Strafe übereilter Handlungen, oder unvorsichtiger Unterlassungen, oder auch der einer stillschweigenden Einwilligung, zum Grunde liegt. Es gehören hieher folgende Fälle:

a) Verlust eines Rechts durch Verjährung. Wenn gleich auf Seiten dessen, welcher dadurch ein Recht oder eine Befreiung erwirkt, noch eine besondere Qualification erfordert wird, so ist doch unter dieser Voraussetzung der Zeitablauf so unbedingt wirkend, daß nur wegen Abwesenheit, und allenfalls wegen anderer factischer Hindernisse sein Recht zu verfolgen, Restitution erfolgt [14]). Daß bloßer Irrthum und Unwissenheit dem Verlierenden zu Statten kommen, wird man nie beweisen können. Höchstens läßt sich so viel zugeben, wenn man auch die Vorschrift der L. 6. D. de calumniatoribus sehr allgemein verstehen will, daß, wenn ein factum alienum Grund der Existenz einer obligatio ist,

---

eine Befreiung, sich erwerben, nicht aber Anderen daraus verpflichtet werden, noch auf ein Recht gültig verzichten können. L. 28. pr. D. de pact. L. 6. D. de V. O. L. 5. C. de in int. rest.

14) Selbst der minor wird, nach dem neuesten Recht, gegen eine abgelaufene Verjährung nicht restituirt; für ihn gilt in dieser Hinsicht jetzt gleiches Recht wie für Großjährige, und „non videtur circumscriptus esse minor, qui jure sit usus communi.“ (L. ult. C. de in int. rest. minor.) Denn die L. unf. C. si adversus usucapion. findet wegen der allgemeinen Bestimmung der L. 3. u. 4. C. de praescript. 30 vel 40 annor. keine Anwendung mehr. S. Thibaut über Verjährung §. 65, vergl. mit Unterholzner über Verjährung §. 20. Abs. 2. z. u. §. 69. not. 6.

Digitized by Google

dem Berechtigten, ohne dieses factum zu kennen, auch keine Verjährung laufe.

b) Es gehört hieher ferner der Satz: rechtskräftiges Erkenntniß, ein abgeleisteter Eid, und confessio in jure facta, machen regelmäßig [15]) unumstößliches Recht. L. 56. D. de re judicata: „Post rem indicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, nihil quaeritur“ [16]). — Ich muß aber hiebei einiges erinnern, was freilich nur zum Theil mit unserm Gegenstande in näherer Verbindung steht, zum Verständniß der folgenden Darstellung aber unentbehrlich ist. — α) Richtige Urtheile werden überall nicht rechtskräftig [17]), bei den auf falsche Urkunden und Zeugnisse gegründeten aber ist die Rechtskraft ohne Wirkung [18]); mithin

---

15) Soldaten und Minderjährige erhalten dagegen Restitution. L. 1. u. 4. C. si advers. rem jud. L. 1. C. de jur. et facti ignor.

16) cf. L. 207. D. de R. j. Bestimmtere Anwendungen davon finden sich, in Beziehung auf res indicata, in L. 25. D. de statu hom., L. 36. D. famil. ercisc. L. 39. §. 5. mandati, L. 7. C. de jur. et fact. igor. L. 1. C. de cond. indeb., u. in den beiden Codextiteln: sententiam rescindi non posse, und: de re indicata (VII. 50. u. 52.). In Beziehung auf den Eid in L. 1. C. de reb. cred., L. 43. D. de cond. ind., u. L. 1. pr. D. quar. rerum act. non datur., u. confessio in jure: L. 1. L. 6. §. 2. D. de confess. L. un. C. cod. tit. Doch von den die confessio in jure betreffenden Vorschriften können wir keinen Gebrauch mehr machen, da sie mit dem getrennten Verfahren vor dem magistratus und dem judex in der allergenauesten Verbindung stehen. (Es hat dieß vortreflich gezeigt Weber v. d. Beweisführung IV. §. 10. Nr. 3. — welcher überhaupt über L. 2. D. de confess. zu vergleichen ist.

17) T. T. D. Quae sent. sine appel. rescind. L. 3. C. de jurisdict. omn. judic. T. T. Cod. quando provocare non est necesse.

18) T. T. Cod. si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum sit.

ist eine Berufung auf Irrthum, insoferne ein solcher als Veranlassungsgrund der Nichtigkeit des Erkenntnisses anzusehen ist, oder der ungültige Richterspruch den Irrthum veranlaßt, hier allerdings zulässig. β) Man darf nicht mit einander verwechseln, ein durch Irrthum veranlaßtes Urtheil und ein solches, über dessen Daseyn oder Wirksamkeit ein Irrthum statt findet. Hier zeigt sich nämlich oft ein wichtiger Unterschied zwischen factischem und rechtlichem Irrthum (S. unten §. 6. B.). γ) Mit der regelmäßigen Unabänderlichkeit rechtskräftiger Erkenntnisse steht der Satz in Verbindung, daß Einreden im Processe vor gesprochenem Urtheile vorgebracht werden müssen, und zwar, nach römischem Recht, dilatorische Einreden zu Anfang des Processes, peremtorische während der Dauer desselben [19]). Ist dies nicht geschehen, so werden Minderjährige dagegen in integrum restituirt, für Großjährige aber giebt es nur den Ausweg der Appellation [20]), wodurch es ihnen freilich ebenfalls möglich wird, das in erster Instanz versäumte noch vorzubringen [21]), indem ja eben durch die Berufung die Rechtskraft des Erkenntnisses gehemmt wird. Daß übrigens in jener Präclusion der Einreden auf der einen Seite so wenig diejenigen mitbegriffen sind, welche sich auf Nichtigkeit des ganzen Verfahrens beziehen, noch auch auf der andern Seite factische Unwissenheit die Ausschliessung verhindern [22]), wird Niemand bezweifeln können; jenes bringt der wesentliche Zweck aller Proceßführung mit sich, dieß ergiebt sich sowohl aus der ganz allgemeinen Fassung der Vorschriften des röm. Rechts über diesen Gegenstand, als auch aus

---

19) L. 12. 13. C. de except. L. 4. 8. eod. L. 2. C. sent. resc. non posse.

20) L. 2. C. sent. resc. non posse.

21) Bedeutend eingeschränkt ist dieß Recht durch den j. R. A. §. 73.

22) Denn erst das canonische Recht hat dieß in Ansehung der dilatorischen Einreden bestimmt; C. 4. X. de exceptionibus.

Digitized by Google

den besondern Bestimmungen der Fälle, in welchen nur eine Aufhebung des Urtheils ohne Appellation zulässig ist.

c) Gegen Antretung einer überschuldeten Erbmasse, ohne dabei die durch das Gesetz erlaubten Vorsichtsmaßregeln beobachtet zu haben, werden bekanntlich nur Minderjährige und Soldaten restituirt. Anderen ist eine Berufung auf Irrthum schlechthin nicht gestattet.

d) Weiter gehört unter diesen Gesichtspunkt die Erfüllung einer an sich vorhandenen, und zwar gesetzlich eingeschränkten, jedoch nicht völlig aufgehobenen Verbindlichkeit; oder, wenn das Gesetz dem Verpflichteten nur ein Zurückbehaltungsrecht, nur eine Einrede gegen eine Forderung gegeben hat, so behält es bei dem Geschehenen sein Bewenden, und vergeblich wird sich der Schuldner auf Irrthum oder Unwissenheit berufen, um das gegebene zurück zu erhalten, oder eine andere gesetzliche Wohlthat hinterher noch in Anspruch zu nehmen [23]).

e) Endlich sind hier noch die Fälle des gesetzlichen Pfandrechts zu nennen, welchen eigne Thathandlungen des Verpflichteten zum Grunde liegen. Dabei giengen die Römer freilich von der Ansicht aus, es sey so anzusehen, als ob der Berechtigte durch eine stillschweigende Convention sein Pfandrecht erworben, (quasi id tacite convenerit [24]); doch aber würde, sobald jene Thatsache nur vorhanden und erwiesen ist, ein Berufen auf Irrthum und Unwissenheit so vergeblich seyn, als der Beweis, es sey

---

23) Sowohl bei eigentlichen Naturalobligationen (L. 19. pr. L. 38. L. 59. L. 64. D. de condict. indebiti.) als auch in allen den Fällen, wo einem Schuldner beneficio juris bloß eine Einrede gegeben ist, als, das s. g. beneficium competentiae (L. 8. 9. D. de cond. ind.), die except. sct. Maced. (L. 9. §. 4. 5. L. 10. D. de Scto Maced L. 40. pr. D. de cond. ind.), das s. g. beneficium divisionis (L. 49. §. 1. D. de fide jussorib.) und cedendarum action. (L. 76. D. de solutionib. L. 1. C. de contr. jud. tut.)

24) L. 4. D. in quibus caus. pign. tacite contr.

Digitized by Google

keinesweges die Absicht des Schuldners gewesen, ein Pfandrecht zu bestellen.

Eben so allgemein nun, wie in diesen Fällen das Gesetz bald gewisse Nachtheile eintreten, bald unbeabsichtigte Rechtsverhältnisse entstehen läßt, schließt es bei den Handlungen der rechtlich für willenlos erklärten Personen [25]) die Entstehung von Verbindlichkeiten oder sonstiger nachtheiligen Folgen aus, gesetzt auch, diese Personen hätten mit vollem Bewußtseyn gehandelt. Hierauf bezieht sich Papinans Ausspruch: „Impuberes sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur [26])."

§. 3.

Allein nicht immer wenn Irrthum, Wissen oder Nichtwissen, berücksichtigt wird, macht das Gesetz zwischen juris und facti ignorantia einen Unterschied; also: die Anwendbarkeit der Regeln über die Verschiedenheit des rechtlichen und factischen Irrthums beschränkt sich auf die Fälle, wo beide nicht unter ganz gleichen Grundsätzen stehen.

Um diese Fälle kennen zu lernen, und zugleich für die ganze folgende Darstellung eine sichre Grundlage zu gewinnen, wird es nöthig, einige, zum Theil bekannte, allgemeine Sätze vorauf zu schicken, mit welchen alsdann von dem Besonderen dasjenige in Verbindung gesetzt werden soll, was nicht als eigenthümliche Wirkung der einen oder der andern Art des Irrthums betrachtet werden kann.

Rechtsirrthum ist vorhanden, wenn man von dem Daseyn eines Rechtssatzes entweder gar keine Kenntniß hat, oder sich

---

25) Also namentlich der Unmündigen, jedoch in Beziehung auf unerlaubte Handlungen, mit Ausschluß der pubertati proximi. L. 11. pr. D. de r. g. jur. L. 13. §. 1. de dolo malo. L. 23. de furtis.

26) L. ult. D. h. t. (de jur. et facti ignor.). Die vielen abweichenden Lesarten haben auf den Sinn keinen Einfluß. — Die Königsbergische Handschrift hat: nihil posse vel scire.

Digitized by Google

falsche Vorstellungen davon macht; jeder Mangel aller, oder der richtigen, Vorstellung von einer Sache dagegen gehört zur Sphäre des factischen Irrthums. Dieser kann in höchst mannigfaltigen Beziehungen statt finden. Er kann Personen betreffen, oder persönliche Eigenschaften — eigne [27]) oder fremde; — Sachen oder deren Eigenschaften; — Handlungen (eigentliche facta), die Art derselben, ihre einzelnen Bestandtheile, ihren Zweck, ihr Daseyn oder Nichtdaseyn. Bezieht sich ein Irrthum der letztern Art (über ein factum) auf eine in der Vergangenheit liegende Handlung, so macht es oftmals noch einen Unterschied, ob man über seine eigne Handlung irrte (error facti proprii), oder über die eines Andern [28]) (error facti alieni) [29]).

Der Irrthum über einen Rechtssatz ist seiner Natur nach viel einfacher. Doch beide Arten des Irrthums können sich auf sehr mannigfaltige Weise äussern, und die verschiedensten Wirkungen erzeugen. — Sondert man diejenigen Fälle ab, wobei alle juristische Wirkungen ausgeschlossen sind, so kann ein Irrthum sich äussern: 1) durch die Vernachlässigung der gesetzlich vorgeschriebenen, inneren oder äußeren, Bedingungen der Gültigkeit einer rechtlichen Handlung (Rechtsvernachlässi-

---

27) z. B. L. 96. D. de adquir. vel omitt. hered. S. auch L. 4. D. de manumiss. vind.

28) Dieser Ausdruck wird hier ganz eigentlich genommen, indem da, wo die Gesetze zwischen error facti proprii u. alieni unterscheiden, selbst die Handlungen solcher Personen, durch die man erwirbt, oder an deren Stelle man tritt, als facta aliena betrachtet werden. M. s. L. 5. §. 1. D. pro suo, L. 42. D. de reg. jur.

29) Beschränkt man den Unterschied zwischen error facti propr u. alieni nicht auf diese engere Sphäre, so wird man für die Interpretation der Stellen, welche den Einfluß des Irrthums auf Rechtsverhältnisse bestimmen, nie eine feste Grundlage gewinnen können.

Digitized by Google

gung) [30]); 2) dadurch, daß man die für einen Rechtserwerb oder für die Geltendmachung seiner Befugnisse im Wege Rechtens festgesetzten Zeitfristen ungenutzt vorüber gehen läßt (Rechtsversäumniß); 3) durch Anerkennung oder Erfüllung einer, entweder gar nicht vorhandenen, oder doch rechtlich aufgehobenen, oder eingeschränkten Verbindlichkeit, wohin auch die Verzichtleistung auf ein wirkliches Recht gehört, d. h. auf ein solches, welches man durch Klage oder Einrede hätte geltend machen können; 4) durch die Unterlassung rechtlich erlaubter Maasregeln zur Sicherung oder Wiederlangung des Seinen, oder zur Abwendung eines sonstigen Nachtheils [31]). 5) Durch Eingehung eines Vertrages, den man ohne gewisse falsche Voraussetzungen entweder überall nicht, oder doch nicht so geschlossen, — durch einseitige Dispositionen, die man sonst nicht getroffen haben würde, (etwa weil man über seine Befugnisse irrt, z. B. sich für den Erben hält) — so wie durch Handlungen zum Besten Dritter, wozu man durch irgend einen Irrthum verleitet wurde [32]). Ferner 6) durch Verweigerung oder Nichtanerkennung dessen, was ein Anderer von uns zu fordern hat; endlich 7) durch die Begehung von Handlungen gegen Prohibitiv-Gesetze.

Die möglichen Folgen des Irrthums aber können seyn: 1) dem Irrenden entgeht ein Vortheil, oder 2) er verfehlt einen Zweck, den zu erreichen er sich vorgesetzt hatte, oder 3) es entstehen für ihn Verpflichtungen, wozu er nicht gezwun-

---

30) S. oben §. 2. Nr. I.

31) z. B. L. 8. §. 2. D. qui satisdare cogantur. Auch der §. 2. nr. c. erwähnte Fall gehört hieher, so wie eine versäumte Geltendmachung des Rechts auf Klagenabtretung.

32) Dahin gehören alle Fälle des Irrthums, von welchen bei den Vertragsrechten gehandelt zu werden pflegt, ferner die aus einem falschen Beweggrunde geschehenen Erbeinsetzungen und Vermächtnißbestimmungen, auch Geschäftsführungen für Dritte, in der Meinung, dazu rechtlich verpflichtet zu seyn, oder aus einem sonstigen Irrthum z. B. L. 51. D. de aedelit. edict. —

Digitized by Google

gen werden konnte, oder 4) es trifft ihn ein wirklicher Vermögensverlust (damnum im engern Sinne) oder 5) eine eigentliche Strafe. Es kann aber auch 6) der Irrthum die Quelle eines Verlustes für einen Dritten werden, so wie 7) die Veranlassung eines Gewinnes für denselben, ohne daß für den Irrenden selbst irgend einiger Nachtheil daraus entspringt.

Diese letztere Wirkung nun kommt für den besondern Gegenstand dieser Abhandlung nicht weiter in Betracht. Die übrigen lassen sich aber sämmtlich auf den Gesichtspunkt eines möglichen Nachtheils für den Irrenden zurückführen, indem selbst in den Fällen, wo der Irrthum einen Verlust für den Dritten zur Folge haben kann (wie z. B. in dem Falle einer erwerbenden Verjährung, welche sogar ohne einen Irrthum des Verjährenden beim Anfang seines Besitzes, ohne bona fides, gar nicht möglich ist, oder einer Nachlässigkeits-Schuld, wodurch dem Dritten geschadet wird), immer doch erst ausgemittelt werden muß: ob dem Irrenden sein Irrthum zu Statten komme, oder der Nachtheil ihn treffe! Alles hängt mithin von der Frage ab: wann ist der Irrthum unschädlich, oder wann kann sich Jemand, um einem Nachtheile zu entgehen, auf seinen Irrthum berufen? — Daß nun eine solche Berufung nicht zulässig ist, so oft eine Rechtsvernachlässigung, welche Nichtigkeit des beabsichtigten Rechtsgeschäfts erzeugt, oder aber eine Handlung oder Unterlassung, womit das Gesetz bestimmte Folgen verknüpft hat, durch einen Irrthum veranlaßt wurde, dieß versteht sich ganz von selbst; in allen diesen Fällen kann der besondere Veranlassungsgrund überall nicht in Betracht kommen, sondern es wird stets nur gefragt: sind die gesetzlichen Erfordernisse beobachtet — ist der Thatumstand eingetreten, an den das Gesetz bestimmte Folgen geknüpft hat?

Umgekehrt giebt es aber Fälle, wo eben so unbedingt eine Berufung auf Irrthum statt findet, mag er ein rechtlicher oder factischer seyn, — ein error facti alieni oder proprii. Diese Fälle lassen sich vollständig auf folgende Hauptgesichtspuncte zurückführen:

Digitized by Google

1) Wenn das Gesetz irgend ein Rechtsverhältniß, sein Entstehen oder seine Wirksamkeit, von freier Willensäusserung abhängig macht, so müssen alle Gründe, welche die Freiheit der Entschliessung in einem gleichen Grade stören, nothwendig auch einen gleichen Einfluß äussern. — Einer der am häufigsten vorkommenden Gründe mangelhafter Willensbestimmungen ist der Irrthum. Freilich kann nicht jeder Irrthum in Betracht kommen, — nicht jeder Mangel an Uebereinstimmung zwischen Contrahenten einen Vertrag ungültig machen — nicht jedes falsche Fürwahrhalten die durch das Gesetz bestimmten regelmäßigen Folgen einer Handlung aufheben — auch selbst da nicht, wo an sich freie Entschliessung erfordert wird. Denn, wie wenige Rechtsgeschäfte dürften sonst gegen Anfechtung gesichert, — wie oft würde nicht das Ansehen des Gesetzes der Willkühr Preis gegeben seyn! Bei der großen Schwierigkeit aber, durch bloßes Schliessen aus allgemeinen Begriffen einen festen, für alle einzelne Fälle anwendbaren, Maasstab zu finden, dürfte die Bestimmung der Frage: welchen Einfluß der Irrthum auf Rechtsverhältnisse haben könne? wohl meistens der positiven Gesetzgebung anheimfallen. Ob nun die römischen Prätoren, Rechtsgelehrten und Gesetzgeber, hier immer das Rechte getroffen? ist hier der Ort nicht zu untersuchen; eben so wenig darf uns die Darstellung der verschiedenen Formen beschäftigen, unter welchen die in Rom über diesen Gegenstand herrschenden Ansichten ausgesprochen und verwirklicht wurden. Das aber ist außer Zweifel, daß wenn das Gesetz auch die Motive einer Handlung dergestalt berücksichtigt, daß es die aus einem falschen Beweggrunde entsprungene Handlung darum, weil sie nicht auf freier Entschliessung beruht, auch nicht für eine gültige und rechtlich wirksame ansieht, — [33]) es keinen Unterschied macht, ob sie

---

33) Dieß ist im Criminalrecht weit weniger der Fall, wie im Civilrecht. Ist sonst die That frei beschlossen und ausgeführt, so kommt Beweggrund u. Zweck in der Regel entweder überall nicht, oder doch nur als Milderungsgrund in Betracht. M. vgl. §. 7.

Digitized by Google

durch einen factischen oder rechtlichen Irrthum veranlaßt wurde. Diesem gemäß entscheidet denn auch Ulpian, daß es keinen Erfolg habe, wenn Partheien aus Irrthum (der hier wohl stets Rechtsirrthum seyn wird) sich an ein subjectiv incompetentes Gericht wenden, weil die zur Einwilligung erforderliche freie Willensbestimmung nicht vorhanden sey: „error enim litigatorum non habet consensum“ [34]; oder, wie es an einer andern Stelle heißt: „nec enim ferendus est, qui dicat, consensisse eos in Praesidem, cum non consentiant qui errent. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam (Rechtsunerfahrenheit) detegit“ [35].

Von den einzelnen Fällen, worauf der Irrthum einen solchen Einfluß äußert, kann hier begreiflich nicht die Rede seyn [36]. Nur ein ganz allgemeiner Grund, der stets diese Folge hat, darf an dieser Stelle nicht mit Stillschweigen übergangen werden, da er mit unserem Gegenstande in wesentlicher Verbindung steht. Wer nämlich ohne Rechtsgrund, aber in der Meinung, dazu rechtlich verpflichtet zu seyn, Rechte aufgiebt oder ertheilt, der hat noch nichts verloren, so lange die Bedingungen eines Erwerbes oder einer Ausschliessungsbefugniß (durch erwerbende oder erlöschende Verjährung) für den Anderen noch nicht eingetreten sind. So wenig ein error facti

34) L. 2. pr. D. de judic.

35) L. 15. D. de jurisdictione. Vgl. L. 20. D. de aq. et aq. plur. arc. act. („Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est“).

36) Es muß hiebei auf die Schriften verwiesen werden, welche von dem Einflusse des Irrthums überhaupt handeln. Doch ist diese Lehre noch von Niemanden ihrem ganzen Umfange nach bearbeitet; die Meisten beschränken sich auf die Frage, welchen Einfluß der Irrthum auf Vertragrechte habe, und so konnten dann freilich keine feste u. durchgreifende Resultate gewonnen werden.

Digitized by Google

proprii schadet dem Irrenden hier [37]), noch ein Rechtsirrthum; denn es ist genug, daß der Andere kein Recht hat. Eine hieher gehörige Anwendung enthält die L. 8, C. h. t. Wenn, heißt es daselbst, Jemand, welcher in einem ungültigen Testamente eingesetzt, zugleich aber auch Intestaterbe ist, testamentarische Freilassungen für gültig anerkennt, nicht etwa aus eigner freier Entschliessung (si non ipsius accessit judicium), sondern durch Irrthum verleitet, so ist dieß ganz folgenlos, „cum errantis nulla voluntas sit“ [38]). —

Eine noch bestimmtere Anwendung des Satzes: was Jemand nicht rechtlich erworben hat, das darf er nicht behalten, wenn auch der wahre Inhaber des Rechts, verleitet durch einen rechtlichen Irrthum, es ihm eingeräumt hätte, — enthält die L. 79. D. de legat. II. „Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit; juris ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt, secundum fideicommissum, inter caeteros longo tempore perceperunt: non ideo peremtam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.“ — Dieß mag zur vorläufigen Rechtfertigung des wichtigen Rechtssatzes genügen, von dem erst weiter unten (§. 8.) die nähere Begründung und Anwendung erfolgen kann.

2) Erfordert das Gesetz, um gewisse Nachtheile nicht eintreten zu lassen, nur die Abwesenheit der mala fides, — nur

---

37) L. 22. pr. L. 32. §. 1. 3. de cond. in deb. Vergl. Schweppe's Pandekten, §. 79. in f.

38) Daß hier nichts darauf ankomme, ob der Erbe in einem rechtlichen oder factischen Irrthum befangen ist, bemerkt schon H. Donellus l. c. cap. 21. §. 17. Warum er von dieser richtigen Bemerkung aber so gut wie gar keinen Gebrauch macht, wird sich aus der unten folgenden Darstellung seiner Theorie ergeben. (Vgl. noch L. 4. 5. 9. C. h. t. und §. 5. C. 1. not. 75. 76.

bona fides, — so kommen jedem Irrthume, welcher den dolus ausschließt, gleiche Wirkungen zu, dem Rechtsirrthum eben sowohl, wie dem factischen. L. 25. §. 6. D. de hereditatis petitione: „Scire ad se non pertinere, utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is, qui in jure erravit? putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat; vel, cum eum alius praacederet adgnatus, sibi potius deferri? Et non puto hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in jure erret“ [39]).

3) Unschädlich ist der Irrthum auch dem, der zwar in unredlichem Sinne handelt, ohne indessen gegen Recht und Gesetz zu verstoßen. L. 9. §. 4. D. h. t. „Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur“ [40]).

4) Wenn das Gesetz gewisse Nachtheile erst mit einem bestimmten Zeitraume eintreten läßt, so kann vor Eintritt desselben auch ein Irrthum keine Wirkungen äußern, gleichviel aus welcher Quelle er geflossen ist; mithin findet eine Zurücknahme desselben, oder eine Vornahme bisher versäumter Handlungen, bis dahin immer noch statt. — Dieser Satz bedarf keines weitern Beweises [41]).

---

39) Vergl. L. 24. D. de liberat. leg. — Ein Gleiches gilt — auch von allen Fällen, wo zum Begriff eines Verbrechens, nach der Natur der Sache oder nach den positiven Gesetzen, dolus erfordert wird. M. s. den §. 7. gegen das Ende.

40) cf. L. 4. §. 1. D. de manumiss. vind. L. 25. D. de adquir. vel omitt. hered.

41) Vergl. Weber von der Beweisführung im Civilproceß, IV. §. 11 — 13.

Digitized by Google

Es kann endlich 5) der Irrthum einer Parthei, oder eines Angeklagten, zunächst überall nicht in Betracht kommen, wenn er einen Punkt betrifft, welcher rein zur Sphäre der richterlichen Reflexion gehört. Wenn daher eine Parthei z. B. durch unrichtige Combination actenmäßiger Thatsachen zu Folgerungen, die ihr selbst nachtheilig sind, verleitet wird, oder aus Unkunde des Rechts ein falsches Urtheil über ihr Rechtsverhältniß ausspricht, oder dem Gegner einräumt, oder auch, wenn ein Angeklagter eine härtere Strafe verdient zu haben gesteht, als das Gesetz bestimmt, so darf der Richter darauf sein Urtheil nicht bauen [42]). Möglich, daß dadurch Nachtheile für den Irrenden veranlaßt werden, wenn der Richter sich durch den Irrthum der Parthei zu einem Erkenntnisse bestimmen läßt, was nicht eigentlich nichtig ist; doch wird in diesem Falle der Irrthum immer nur als der zufällige Grund des Nachtheils angesehen, dieser aber nie geradezu auf das falsche Eingeständniß gegründet werden können.

II.

§. 4.

Daß auf die bisher dargestellten Fälle, bei denen eine Berufung auf Irrthum und Unwissenheit entweder schlechthin ausgeschlossen, oder eben so unbedingt zugelassen, oder der Irrthum unschädlich ist, die Regeln nicht zu beziehen sind, welche einen

---

42) Tit. C. ut, quae desunt advocatis partium, judex suppleat. — Ein anderes ist es, wenn eine Parthei gewisse ihr gesetzlich zustehende Befugnisse nicht für sich in Anspruch nimmt. Hier wird freilich der Richter, wenigstens nach dem gemeinen deutschen Civilproceß, sein Ergänzungsrecht nicht ausüben können. Es ist mithin der Sache noch kein Genüge geschehen, wenn man bei der Frage: inwiefern kann und muß der Richter ex officio thätig seyn? oder auch bei der: welche Irrthümer müssen noch vor dem Urtheile zurückgenommen werden? nur so gradehin zwischen rechtlichem und factischem Irrthume unterscheidet, wie dieß unter Anderen auch noch von Weber geschieht (a. a. O. IV. §. 12).

Digitized by Google

Unterschied zwischen factischem und rechtlichem Irrthum und deren Folgen bestimmen, bedarf kaum einer Bemerkung. Ihre mögliche Anwendbarkeit beschränkt sich mithin auf solche Verhältnisse, wobei nicht schon der bloße Irrthum hinreichend ist, um Nachtheile zu entfernen, sondern auch noch der besondre Veranlassungsgrund desselben berücksichtiget wird. Aber auch so ist die eigentliche Sphäre unsres Gegenstandes noch nicht genügend bezeichnet; es muß erst noch die ganze Classe der widerrechtlichen Schadenzufügungen ausgeschieden werden. Es gründet sich diese Behauptung auf die beiden Sätze, deren Beweis sich, — auch ohne vollständige Induction, die der Umfang dieser Abhandlung nicht gestattet — aus der folgenden Darstellung ergeben wird: Erstlich steht die Lehre von der praestatio culpae unter ihren eigentlichen Regeln, wobei sich höchstens nur in der Anwendung, keineswegs aber im Grundsatze, eine Verschiedenheit zwischen juris u. facti ignorantia zeigt. — Sodann aber ist allenthalben, wo die Regel über den verschiedenen Einfluß des rechtlichen und factischen Irrthums zur Anwendung gebracht wird, immer nur von solchen Nachtheilen die Rede, welche den Irrenden unmittelbar treffen würden, niemals von der Verbindlichkeit, den einem Andern verursachten Schaden zu erstatten. Nur in dieser Beschränkung also kann man die Regel gelten lassen, welche, in unbeschränkter Allgemeinheit verstanden, mit unbezweifelt gültigen Rechtssätzen im gröbsten Widerspruche stehen, mithin völlig unbrauchbar seyn würde: „Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere“ [43]). Man könnte ihr freilich einen viel allgemeinern Sinn unterlegen, ohne daß sie darum unwahr würde, wollte man ihre Bedeutung lediglich darnach bestimmen, was im gemeinen Leben, in der Erfahrung, als das Regelmäßige erscheint. Denn wenn man z. B. aus Irrthum eine Rechtsform nicht

43) L. 9. pr. D. h. t. (Paulus liber singularis de juris et facti ignorantia).

Digitized by Google

beobachtet, gewisse Maaßregeln für die Sicherheit des Seinen vernachlässigt, oder ohne rechtliche Nothwendigkeit eine Forderung erfüllt u. s. w., — so wird ein solcher Irrthum wohl in den wenigsten Fällen ein factischer seyn, ja es ist in manchen schwer, sich als Grund der Nachlässigkeit hier etwas anderes als Rechtsirrthum zu denken. Dadurch ließen sich denn auch vielleicht römische Imperatoren verleiten, aus etwas factisch zufälligem eine falsche Rechtsregel zu bilden [44]), ja selbst römische Juristen leiten wohl aus einer Regel über Rechtsirrthum etwas her, was doch nur die Folge eines allgemeinen Grundsatzes ist [45]). Auch enthält das Fragment von Paulus einen Fall, welcher nicht eigentlich unter seiner Regel steht [46]), und ein Gleiches gilt von einigen anderen Sätzen und Entscheidungen, welche sich in den Titeln der Pandekten und des Codex de juris et facti ignorantia finden. Doch eben der Inhalt dieser Titel bestätigt unsere Behauptung. Schon eine flüchtige Ansicht derselben ergiebt, daß in ihnen nicht der Einfluß des Irrthums auf Rechtsverhältnisse nach seinem ganzem Umfange

---

44) Wie die L. 10. C. de jur. et f. ign. S. unten §. 8. gegen das Ende.

45) So in L. 32. §. 1. D. de usurpat. „Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere: dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen ejus usucapionem; vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in jure erranti non procedat usucapio.“ Von den angeführten Gründen gehört nur der erstere eigentlich hieher; der zweite ist nicht nur überflüssig, sondern auch falsch, weil mittelbar (durch Anwendung des argumenti a contrario) völlig coordinirte Fälle dadurch ausgeschlossen werden würden. Doch man sieht daraus, wie geläufig den röm. Juristen der Satz war: juris ignorantia non prodest acquirere volentibus — und — daß auch sie mitunter es nicht verschmäheten, durch nichtssagende Gründe ihren Darstellungen einen gewissen Glanz zu geben!

46) L. 9. §. 4. h. t. Vergl. §. 3. not.

Digitized by Google

dargestellt werden sollte; bei weitem der größte Theil aber enthält nur solche Bestimmungen, welche in die engere Sphäre, so wie sie vorhin von uns bestimmt wurde, gehören. Daß wissenschaftlichen Erörterungen des Zusammenhanges oder auch des Gegensatzes wegen manche Sätze eingewebt worden, welche dem Hauptgegenstande nicht eigentlich angehören, ist ja etwas ganz gewöhnliches, und kann eben so wenig, wie der Umstand, daß römische Juristen, Kaiser, oder die Compilatoren, sich einzelne Inconsequenzen zu Schulden kommen ließen, ein Grund seyn, der Regel selbst einen Grund unterzulegen, wodurch sie aufhören würde, als Rechtsregel zu gelten. Am allerwenigsten aber kann gegen unsre Ansicht in Betracht kommen, daß nirgends deutlich gesagt ist: es solle die Regel nur in jener beschränkteren Beziehung verstanden werden. Denn, wie es nur für solche Fälle besonderer Bestimmungen bedurfte, welche nicht schon unter allgemeinen Rechtsregeln standen, so durfte es auch nicht erst bemerkt werden, daß jene Bestimmungen nur für ihren besonderen Gegenstand gelten sollten; auch ist es der wissenschaftlichen Methode der Alten völlig fremd, durch dergleichen Fingerzeige und Hinweisungen Mißverständnissen vorzubeugen, welche von Lesern, wie sie von ihnen vorausgesetzt wurden, ohnehin nicht zu befürchten waren.

Es leidet aber die Regel über den verschiedenen Einfluß des rechtlichen und factischen Irrthums eine allgemeine Modification, von welcher gleich hier gesprochen werden muß, indem dadurch erst ihre wahre Bedeutung vollständig bestimmt seyn wird. — Leichtsinniges Vernachlässigen auch der gewöhnlichsten Vorsicht, sorglose Vergessenheit und träge Unachtsamkeit, die um gar nichts sich bekümmert, nicht weiß, oder nicht zu wissen vorgiebt, was Alle wissen, (ignorantia deperditi et nimium securi hominis, supina ignorantia, negligentia crassa, nimia securitas, summa negligentia [47]) — kann da, wo das Wissen überhaupt Pflicht ist, überall nicht

47) L. 3. 6. L. 9. §. 2. D. h. t.

Digitized by Google

berücksichtiget werden. Zu dieser supina ignorantia gehört denn auch der error facti proprii; wer etwas nur vergessen hat, der kann sich in Wahrheit nicht einmal auf Unwissenheit berufen, wie Papinian sehr treffend sagt: „facti non potest ignorationem praetendere“ 48). Vergessenheit also und leichtsinnige Unachtsamkeit werden nie verziehen, wenn von solchen Thatsachen die Rede ist, die man wissen konnte und mußte. Allein weiter schränken die Gesetze die Berufung auf factischen Irrthum in den hier zur Frage stehenden Verhältnissen nicht ein [49]). Rechtsunwissenheit hingegen wird hier in der Regel nur entschuldigt, wenn keine Möglichkeit vorhanden war, eine Rechtsbelehrung zu erhalten, und auch dann nur, wenn es der Belehrung bedurfte, um das Widerrechtliche seiner Handlung einzusehen. L. 9, §. 3. D. h. t. „Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, et detrimento sit juris ignorantia: quod raro accipiendum est.“ Diese letzten Worte beziehen sich auf die von Labeo aufgestellte Ausnahme, welche Paulus freilich billigt, allein für eine selten vorkommende erklärt [50]). Tritt die hiebei vorausgesetzte

---

48) L. 7. D. ad Seltum Vellejan. — cf. L. 5. §. 1. D. pro suo.

49) L. 9. §. 2. D. h. t. „Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur; quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat?“

50) Unmöglich konnte nämlich Paulus hier sagen wollen: es sey selten anzunehmen, daß Jemand eine Rechtsbelehrung hätte erhalten können, also nur in seltenen Fällen werde der Rechtsirrthum schädlich! Alle Dunkelheit verschwindet, wenn man den Satz: Quod raro accipiendum est, auf die ganze Modification, nicht aber blos auf die unmittelbar vorausgegangenen Worte bezieht. Der Satz läßt sich alsdann ganz ungezwungen so übersetzen: „Die Regel, daß Rechtsunwissenheit

Unmöglichkeit, eine Rechtsbelehrung zu erhalten, aber wirklich ein, so findet die Berufung auf Unwissenheit unbedingt statt, also auch selbst da, wo der mögliche Nachtheil nur in der Entbehrung eines Gewinns besteht, den man hätte machen können; was denn auch durch die deutlichsten Anwendungen bestätigt wird [51]).

Hiernach kann man nun freilich sagen: nur der unverschuldete factische Irrthum wird verziehen, ein völlig unverschuldeter Rechtsirrthum aber wird ebenfalls nicht zugerechnet. Ja es ist ein ganz allgemeiner, auch die Fälle der widerrechtlichen Schadenszufügungen mit umfassender, Grundsatz: ein schuldloser Irrthum wird stets verziehen. Allein der Maaßstab, nach welchem innerhalb der Sphäre unserer Regel die Zurechnung bestimmt wird, ist ein so durchaus verschiedener für den factischen und für den Rechtsirrthum, daß die Regel an ihrer Bestimmtheit und Festigkeit durch die Modification nichts verliert. Dort wird nur ein so hoher Grad der Unachtsamkeit zur Schuld gerechnet, wie sie nicht leicht bei einem Manne, der auch nur

---

nicht verziehen werde, ist aber nach Labeo's Bemerkung unter der Einschränkung zu verstehen, daß dem Irrenden, wenn er nicht etwa selbst Rechtsgelehrter ist, nicht die Gelegenheit abgeschnitten war, sich belehren zu lassen, so daß nur dem, welcher das Gesetz kennen konnte, seine Unwissenheit zum Nachtheil gereicht. Doch wird diese Einschränkung selten zur Anwendung kommen.

51) L. 10. D. de bonor. possesionib. „In bonorum possessionibus juris ignorantia non prodest, quo minus dies cedat. Satis est enim scire mortuum esse seque proximum cognatum fuisse, copiamque eorum, quos consuleret habuisse — Scientiam enim non hanc accipi, quae jurisprudentibus fit, sed eam, quam quis aut per se habeat, aut consulendo prudentiores adsequi potest.“ Aehnlich äußert sich Ulpian L. 2. §. 4. D. quis ordo in b. p. serv.

mittelmäßige Aufmerksamkeit auf seine Angelegenheiten zu verwenden pflegt, angetroffen werden dürfte, — eine Unachtsamkeit, die sich kaum noch von dem Vorsatze, nicht dem Gesetze gemäß zu handeln, unterscheiden läßt, und darum auch nicht verziehen werden kann, wenn man nicht jede Möglichkeit einer Zurechnung vernichten will. Hier dagegen wird die Berufung auf Irrthum nur unter einer Voraussetzung gestattet, die gewiß zu den allerseltensten gehört; der Irrende muß sich in einer Lage befunden haben, welche es ihm unmöglich machte, Rechtsbelehrung zu erhalten. Für die Fälle widerrechtlicher Schadenszufügungen findet sich dieser Gegensatz überall nicht; hier wird nach Verschiedenheit der Verhältnisse bald der höchste Grad der Achtsamkeit gefordert, bald ein geringerer, und wohl in den wenigsten Fällen dürfte der bloße Mangel einer supina ignorantia hier als zureichender Entschuldigungsgrund angesehen werden können. Schon darum kann eine Rechtsregel, welche den factischen Irrthum nur imputirt, wenn er in seiner gröbsten Gestalt erscheint, auf den zuletzt gedachten Gegenstand schlechterdings nicht bezogen werden, wenn auch die Anwendung in einzelnen Fällen auf ähnliche Resultate führen sollte, — was freilich wohl bisweilen der Fall seyn muß, da bei der einfachen Beschaffenheit des Gegenstandes der Rechtsunwissenheit die Ausmittelung einer darauf beruhenden culpa leichter ist, und überhaupt, wo das Wissen Pflicht ist, eine Berufung auf Rechtsunwissenheit wohl sehr selten Gehör finden dürfte. Im Grundsatze selbst aber werden juris und facti ignorantia hier nicht unterschieden; wogegen das Eigenthümliche unseres Gegenstandes und der dafür geltenden Regel sich gerade in dieser Verschiedenheit zeigt, weshalb denn Ausnahmen von der Regel nur innerhalb des Kreises gelten können, auf den sie selbst sich einschränkt [52]).

Somit wäre denn nun der Umfang und die Bedeutung der

---

52) Vergl. Weber über Proceßkosten, §. 8. — S. auch unten §. 9.

Regel über den Unterschied zwischen juris und facti ignorantia nach allen Seiten hin vollständig bestimmt. Der Grund dieser Verschiedenheit ist im Allgemeinen: die Verpflichtung eines Jeden, der unter dem Gesetze steht, das Gesetz zu lernen [53], und die Leichtigkeit für Jedermann, sich in einem wohleingerichteten Staate die nöthige Rechtsbelehrung zu verschaffen. Auch das „jus civile vigilantibus scriptum est" läßt sich für manche Fälle hieher ziehen, wenn man nicht lieber ohne Umstände mit Paulus sagen will: „non stultis solet succurri, sed errantibus" [54]. Zunächst auf die größere Schwierigkeit, welche mit der Erkenntniß factischer Verhältnisse verknüpft zu seyn pflegen, gründet Ulpianus seinen Satz (L. 2. D. h. t.). „In omni parte [55]) error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia haberi debebit, cum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat;" — was sich auch allenfalls so umschreiben läßt: das jus in thesi ist — oder könnte und sollte seyn — einfach und bestimmt und für Alle das-

---

53) L. 12. C. *h. t.* „Constitutiones principium nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus." L. 9. C. de legib. „Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent." L. 48. pr. D. de fidejussoribus. „Si Titius et Seja pro Mevio fidejusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem: cum scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere." cf. Cujacius Lib. 14. obs. 3. in f. — Branch observatt. ad jus rom. Dec. §. I. (addend. p. 227).

54) L. 9. §. 5. D. *h. t.* vergl. L. 4. D. quod vi aut clam.

55) Was man nicht übersetzen darf: Ueberall erzeugen Rechts- und factischer Irrthum verschiedene Folgen, sondern: Nicht überall habe beide gleiche Wirkungen. Die Verfasser der Basiliken helfen sich hier durch eine Versetzung des non; (οὐχ ἡ αὐτὴ ἐστι νόμου καὶ φάκτου ἄγνοια — Lib. II. Tit. 4. Fr. 2.) was freilich auch sprachrichtiger ist.

selbe, das factum dagegen seiner Natur nach individuell und unendlicher Verschiedenheiten fähig, so daß selbst Klugheit und Ueberlegung oft nicht hinreichen, um einem factischen Irrthum vorzubeugen.

Es sollen jetzt die wichtigsten Anwendungen von der Regel nach einer zweifachen Beziehung, — zuerst auf reine Privatrechtsverhältnisse, sodann auf die Uebertretung von Strafgesetzen, — erfolgen. Daraus wird sich denn auch zugleich ergeben, daß der engere Kreis, für welchen die Regel nur gelten kann, immer noch wichtig genug blieb, um die römischen Juristen zu eignen Untersuchungen darüber zu veranlassen, die Compilatoren aber, diesen Gegenstand in besondern Titeln darzustellen.

§. 5.

I. Die Anwendungen, welche in Hinsicht auf bürgerliche Rechtsverhältnisse das römische Recht enthält, lassen sich auf folgende Classen zurückführen: sie beziehen sich entweder auf einen Rechtserwerb, oder auf die Geltendmachung seines Rechts vor dem Richter, oder auf das Aufgeben eines Rechts ohne rechtliche Nothwendigkeit.

A.) Ist der Erwerb eines Rechts von der Beobachtung gewisser Formen oder gewisser Zeitfristen abhängig gemacht, oder aus Rücksichten auf das Recht anderer Personen eingeschränkt, das Gesetz läßt aber die Berufung auf Irrthum im Allgemeinen zu, so kann man sich auf Rechtsirrthum nur im Fall der Unmöglichkeit, eine Belehrung zu erhalten, berufen, factische Unwissenheit dagegen ist unschädlich, vorausgesetzt, daß es keine solche ist, welche nie verziehen wird. — Hievon finden sich folgende Anwendungen:

1) Zur Usucapion ist es nicht genügend, wenn die Meinung eines redlichen Besitzes — die bona fides — auf einem Rechtsirrthume beruht: „nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest.“ — Wer daher von einem Pupillen ohne alle oder ohne hinreichende auctoritas tutoris kauft,

Digitized by Google

weil ihm dieß gesetzliche Erforderniß unbekannt ist, — nicht aber, weil er glaubt, daß sein Vorkäufer nicht mehr unter Vormundschaft steht, — der kann durch Verjährung nicht erwerben [56]). Eben so wenig ist für Concursgläubiger eine Verjährung möglich, welche, unbekannt mit der gesetzlichen Vorschrift, über die Art, wie sie ihre Befriedigung nachzusuchen haben, das verschuldete Vermögen ohne richterliche Autorität unter sich getheilt haben [57]).

2) Wer die agnitio bonorum possessionis binnen der vorgeschriebenen Frist unterläßt, darf sich auf Rechtsunwissenheit nicht berufen, um das Versäumte nachzuholen [58]).

---

56) L. 4. D. h. t. L. 31. pr. de usurpat. L. 2. §. 15. D. pro emtore. „Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi: ut hic plus sit in re, quam in existimatione. Quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu; quia juris error nulli prodest." Daß hier übrigens von Sachen die Rede ist, woran dem Pupillen selbst das Eigenthum nicht zustand, darf wohl kaum bemerkt werden. L. 4. C. de auct. praest. Vergl. Unterholzner über Verjährung §. 20. Nr. 2.

57) L. 4. C. qui bonis cedere possunt.

58) L. §. 1. D. h. t. „Si quis nesciat edecessisse eum, cujus bonorum possessio defertur, non cedit ei tempus. Sed si sciat quidam defunctum esse cognatum, nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem sibi deferri, aut se sciat scriptum heredem, nesciat autem quod scriptis heredibus bonorum possessionem Praetor promittit: cedit ei tempus, quia in jure errat." (Vergl. L. 1. §. 3. 4. Cod. L. 10. D. de B. P. L. 5. 6. C. qui admitti ad B. P. possunt. Uebrigens ist die Pflicht, innerhalb der vorgeschriebenen Fristen B. P. zu agnosciren, durch L. 8. C. qui admitti etc. keineswegs aufgehoben, sondern die darin vorkommenden Worte: „vel per quamcunque aliam rationem intra praefinitum tempus b. p. minime petiisse

3) Ein Gleiches gilt von der Erbschaftsantretung, insoferne diese schlechthin von einer bestimmten Frist abhängt, oder von der Vornahme anderer Handlungen binnen einer bestimmten Zeit. Jenes ist der Fall, wenn der Testator dem Erben eine Zeit gesetzt hat, binnen welcher er antreten soll [59]), dieses in dem gesetzlich bestimmten Falle, daß die nächsten Verwandten eines Pupillen, bei Verlust ihres Erbrechts demselben innerhalb eines Jahres einen Vormund erbitten sollen [60]). Daß nämlich hierbei eine Kenntniß von dem Anfall oder dem Sachverhältnisse vorausgesetzt werden müsse, ergiebt sich theils aus dem, was wir über die vulgaris cretio mit Bestimmtheit wissen [61]), theils aus dem Umstande, daß jene Folge des Nichterwerbes, da, wo von eignen Handlungen die Rede ist, als Strafe der Nachläs-

---

noscatur etc." sind höchstwahrscheinlich auf jedes factische Hinderniß auch außer dem Irrthum zu beziehen. So Theophilus ad §. ult. I. de B. P. Mit Cujacius Lib. 17. obs. 19. — sie von der Erlassung der altfeierlichen Petition zu verstehen, geht ohne eine sehr gezwungene Deutung der Worte des Gesetzes nicht an, und wird dadurch noch unwahrscheinlicher, daß eben jene solemnis petitio durch eine besondere Constitution des nehmlichen Kaisers aufgehoben wurde, durch die L. 9. eod.

59) L. 72. D. de adquir. v. omitt. hered. — Früher kam es dabei freilich noch auf den Unterschied zwischen der continua u. vulgaris cretio an; nur bei der letztern entschuldigte factische Unwissenheit. „Ei vero, qui continuam habet cretionem, etiam illi dies computantur, quibus ignoravit se heredem institutum: aut scivit quidem, sed non potuit cernere." Ulpian. Lib. Reg. Tit. XXII. §. 31. 32.

60) L. 10. C. de legit. hered. — vergl. L. 6. C. ad Sct. Tertyll. — Es steht dieser Fall übrigens zunächst nicht unter dem Gesichtspunkt eines Erwerbes, sondern unter dem der Strafe. Vergl. §. 9. nr. 2. a. E. der einleit. Bemerkungen u. not. 64.

61) „Ei, qui vulgarem cretionem habet, dies illi tantum computantur, quibus scit se heredem esse, et potuit cernere." Ulpian. Lib. Reg. XXII. §. 32.

Digitized by

sigkeit betrachtet wird [62]), für die übrigen Fälle aber factische Hindernisse ausdrücklich als Entschuldigungsgründe genannt werden [63]). Auf die Deliberationsfrist leidet indessen das Gesagte keine Anwendung; denn, da sie erbeten werden muß [64]), so ist factische Unwissenheit dabei von selbst ausgeschlossen, mithin steht dieser Fall — aber freilich auch nur dadurch — unter dem für die Verjährung geltenden Gesichtspunkt. Dasselbe gilt denn auch von den Fällen, wo der Prätor dem Erben zur Vornahme einer Handlung, oder zur Erbschaftsantretung, eine bestimmte Frist setzte [65]). — Uebrigens wird einem versäumten Erbschaftserwerbe die Verzichtleistung auf eine Erbschaft gleichgestellt, indem diese ebenfalls unter dem Gesichtspunkte eines unterlassenen Erwerbes steht; man darf sich also auf seine Nichtkenntniß der rechtlichen Wirkungen eines Erbverzichts nicht berufen, um diese wieder rückgängig zu machen [66]).

4) Auch auf den Erwerb einer obligatio, — actio, — exceptio — leidet unsere Regel eine Anwendung. Wer sich

---

62) L. 2. §. 1. D. qui petant tutores.

63) L. 23. §. ult. D. de heredib. instit.

64) L. 1. pr. u. §. 1. D. de jure deliberandi. L. 22. §. 13. C. eod. tit. Die durch Justinian in L. 19. C. eod. eingeführte gesetzliche Deliberations-Frist von einem Jahr muß wohl, wegen L. 22. §. 13. u. §. fin., für aufgehoben angesehen werden. Das Transmissionsrecht während des spatii deliberandi ist es freilich nicht; da indessen hier grade das Wissen des Anfalls als Bedingung der Transmission angesehen werden muß, so läßt sich auf diesen Fall ebenfalls keine Anwendung von der Regel machen.

65) L. 23. §. 1. 2. D. de heredib. inst. L. 69. D. de adq. v. omitt. her.

66) L. 2. C. *h. t.* „Cum ignorantia juris facile excusari non possis, si major annis vigintiquinque hereditati matris tuae renunciasti, sera prece subveniri tibi desideras" (cf. L. 6. C. de repud. vel abstin. hered.) S. auch L. 1. C. de i. i. rest.

z. B. die cautio judicatum solvi im Proceſſe durch eine unfähige Perſon beſtellen ließ, — etwa einen Sklaven als Bürgen annahm, — der konnte nur eine nochmalige Sicherheitsbeſtellung begehren, wenn ihm die perſönliche Eigenſchaft des Bürgen unbekannt geweſen war, nicht aber wenn er, im Recht irrend, den Sklaven für einen fähigen Bürgen gehalten hatte. Dieß iſt der Sinn folgender Stelle: L. 8. §. 2. D. qui satisdare cogantur (Paulus) „Si servus inveniatur [57]), qui, ante quam judicium accipiat, fidejussit judicatum solvi, succurendum est actori, ut ex integro caveatur. Minori quoque [68]) viginti quinque annis succurendum est; fortasse et mulieri, propter imperitiam.“ Daß der erſte Satz nur von factiſcher Unwiſſenheit zu verſtehen ſey, wie dieß auch ſchon von Anderen bemerkt iſt [69]), ergiebt ſich wohl mit ziemlicher Gewißheit aus der beſonderen Erwähnung der Minderjährigen und Weiber, die ſonſt gar keinen Sinn hätte. Mehr Beſtimmtheit erhält dieſe Interpretation, wenn man das „fortasse et mulieri“ als Parentheſe lieſt. Alsdann würde dieſe Stelle ſo lauten: Minderjährige aber — ebenfalls auch Frauen — dürfen ſich auch auf ihre Rechtsunerfahrenheit berufen. —

Ein gleicher Geſichtspunkt gilt für den Erwerb einer Civilobligation gegen einen filius familias aus einem Gelddarlehn. Die dagegen aus dem Sctto Macedoniano ſtatt findende Einrede fällt nämlich unter andern auch weg, wenn der Gläubiger,

---

67) Die Königsbergiſche Vand. Handſchrift, ſo wie die hier befindliche Handſchrift des Vacarius leſen: si servus interveniat. Die Florent. Lekart paßt aber nicht nur beſſer zum Zuſammenhange, (weil ja nachher noch das „fidejussit“ folgt), ſondern ſie beſtätigt auch die Anſicht, daß hier nur ein factiſcher Irrthum gemeint ſeyn könne, wenn man nämlich überſetzt: „wird der Bürge (in der Folge) als Sklave erfunden“ u. ſ. w.

68) In den mmss. Cod. Regiom. Dig. et Vacarii fehlt das quoque.

69) Cujacius Lib. XIV. obs. 39.

Digitized by Google

durch einen factischen Irrthum verleitet, seinen Schuldner für sui juris hielte [70]).

B.) Auch in Beziehung auf die Geltendmachung seines Rechts vor dem Richter zeigt die Verschiedenheit des factischen und Rechtsirrthums sich wirksam; doch dürfte ihr möglicher Einfluß hier durch die Bemerkung vollständig erschöpft seyn: daß Handlungen des Gegners oder des Richters im Processe, welche für das Rechtsverhältniß der streitenden Theile von Einfluß seyn können, sollen sie ihre Wirkung äußern, auf dem legalen Wege zur Kenntniß der Partheien oder ihrer Stellvertreter gelangt seyn müssen, um ihnen eine Vertheidigung dagegen, oder den Gebrauch von Rechtsmitteln möglich zu machen [71]), die bloße Unbekanntschaft mit den rechtlichen Folgen processuali-

---

70) L. 3. pr. ad Sct. Macedon. „Si quis patremfamilias esse credidit, non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur: cessabit Senatusconsultum.“ — Auch der Fall, von dem die L. 6. D. ad Sct. Vellej. handelt, gehört hieher. Diejenigen, welche sich in Folge des Auftrags einer Frauensperson verbürgen, sollen der Klage des Gläubigers exceptionem Sct. Vellej. entgegen setzen dürfen; außer wenn dieser von einem solchen Auftrage nichts gewußt hat. Ferner die L. 48. pr. de fidejuss. (S. §. 4. not. 53). Die Klassification dieser Fälle unter dem Gesichtspunkt eines Rechtserwerbes wird man übrigens wohl nicht unpassend finden können, wenn gleich dieser Erwerb nicht ein eigentliches lucrum, — keinen über die Erhaltung und Sicherung des Seinen hinausliegenden Vortheil — zum Gegenstande hat.

71) L. 1. §. 3. D. quae sent. sine appel. resc. L. 1. §. 15. D. quando appelland. sit. L. 3. u. 7. C. quomodo et quando judex. L. 5. C. comminationes etc. rei jud. auct. non habere. — Auch für peinlich Angeklagte gilt derselbe Grundsatz: L. 1. pr. de requirendis vel absentibus damnandis. (Cod. Regiom. de requir. reis et abs. damn.“)

Digitized by Google

scher Versäumnisse dagegen keine Berücksichtigung verdiene. Das eine wie das andere folgt mit Nothwendigkeit aus dem, was Vernunft und positive Gesetze über den wesentlichen Zweck aller Proceßführung vorschreiben. Beides versteht sich so sehr von selbst, daß es als Regel unbedingt zur Anwendung gebracht werden muß, so lange nicht besondere positivrechtliche Einschränkungen nachgewiesen werden können [72]). Darin liegt denn auch der Grund, warum nirgends in der Compilation die Regel über den Unterschied zwischen rechtlichem und factischem Irrthum bestimmt auf dieß Verhältniß bezogen wird; die hier von derselben gemachte Anwendung bedarf indessen wohl keiner weitern Rechtfertigung.

C.) Wenn Jemand ohne rechtliche Nothwendigkeit eine Forderung erfüllt, so kann ihm ein Rechtsirrthum dabei in mehrerer Hinsicht schädlich werden.

1) Bisweilen gestattet das Gesetz auch da, wo es eine exceptio perpetua gegen eine Forderung giebt, auch ohne das Recht des Schuldners auf eine bloße Einrede zu beschränken, die Zurückforderung des wirklich schon Gezahlten doch nur, wenn die unverbindliche Leistung durch einen factischen Irrthum veranlaßt wurde. Es ist dieß der Fall, wenn ein Erbe testamentarische Dispositionen, deren Erfüllung er unterlassen konnte, unbekannt mit der gesetzlichen Einschränkung, befolgte [73]). Wie

---

72) Als z. B. die in gewissen Fällen gestattete Verurtheilung Abwesender, welche aber vom Gesetz selbst als bloße Ausnahme von jener Regel behandelt wird, weswegen denn auch hierbei dem Richter zur Pflicht gemacht ist, durch Anwendung zweckdienlicher Maaßregeln eine Vertheidigung des Abwesenden zu veranlassen. L. 1. §. 2. de requir. v. absentib. damn. L. 13. C. de judiciis.

73) Nur muß der, welcher erfüllt, überhaupt ein Recht dazu haben; wenn daher Jemand eine testamentarische Disposition als Erbe erfüllt, ohne es zu seyn, so kann der Vermächtnißnehmer daraus begreiflich keine Befugnisse erhalten. L. 2. 3. D. de cond. indeb. L. 16. §. 7. L. 17. D. de hered. petit.

Digitized by Google

sehr bei den Römern die Aufrechthaltung letztwilliger Verfügungen begünstigt wurde, ist bekannt; man betrachtete die Erfüllung derselben als eine Gewissenspflicht des Erben, ohne sie indessen den eigentlichen Naturalobligationen gleich zu stellen; vielmehr forderte man auch hier im Ganzen freie Entschließung, und ließ, wenn diese fehlte, also auch wegen falscher Vorstellungen von der Sache eine Zurückforderung zu. Nur wenn der Irrthum das Recht selbst betraf, so entschied die Rücksicht auf den Vortheil, welchen sich der Erbe durch Benutzung der gesetzlichen Einschränkung verschaffen konnte, dafür, daß es bei der Erfüllung sein Bewenden behalte. Wer daher z. B. bekannt mit der Größe des Vermögensbestandes Vermächtnisse ungekürzt auszahlte, wenn sie gleich drei Viertheile der Verlassenschaft überstiegen, der wurde dem gleich behandelt, welcher die Erwerbung eines Vortheils versäumt hatte, — obwohl genau genommen dabei nur von einem Verlieren des bereits Erworbenen die Rede seyn kann, — und grade in Beziehung auf einen solchen Fall sagt Paulus: non stultis solere succurri, sed errantibus [74]). Daher also hier der Unterschied zwischen factischem und rechtlichem Irrthume [75]). Es finden sich davon folgende Anwendungen vor:

a) Der Honorirte, welcher ohne Rechtsnothwendigkeit ein vom Erblasser ihm auferlegtes Vermächtniß durch rechtlichen Irrthum verleitet erfüllt, kann das Gegebene nicht zurückfordern. L. 2. C. de fideicommissis. (Imp. Anton. 213.) „Et si inutiliter fideicommissum relictum sit, tamen si heredes, comperta voluntate defuncti, praedia ex causa fideicommissi avo tuo praestiterunt, frustra ab heredibus ejus de ea re quaestio tibi movetur, cum non ex ea sola scriptura, sed ex conscientia relicti

74) L. 9. §. 5. D. h. t.

75) Vergl. §. 8. gegen das Ende.

fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur“ [76]).

b) Aus dem nämlichen Grunde erklärt sich die Bestimmung: daß, wer juris ignorantia den Abzug der quarta Falcidia unterläßt, das Bezahlte nicht zurückfordern dürfe [77]).

Die Behauptung verschiedener Rechtslehrer, daß nach neuerm Recht diese Beschränkung für den Erben ganz wegfalle, beruht auf der Voraussetzung: das ältere Recht habe wegen der Falcidia überhaupt nur ein Retentionsrecht, kein Zurückforde-

---

76) cf. L. 7. C. de condict. indeb. „Fideicommissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum repeti posse, explorati juris est.“ L. 2. C. si advers. solution. — Nur muß überall ein Testament im Rechtssinne existiren, mithin der Erbe auch als Testamentserbe zu handeln befugt seyn. Was er als solcher thut, kann ihm, wenn das Testament selbst ungültig ist, als Intestaterben nicht zum Nachtheile gereichen, wofern er nicht ein, in jeder Hinsicht freiwilliges Opfer brachte. Der Wille des Testators soll dem Erben heilig seyn; allein es muß überhaupt eine Verpflichtung für ihn vorhanden seyn, diesen Willen zu respectiren. Mithin gehört der Fall, den die Kaiser in L. 4. C. h. t. entscheiden („Si post divisionem factam testamenti vitium in lucem emerserit: ex his quae per ignorantiam confecta sunt, praejudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc, — testamentum vel fide veri deficere, vel juris ratione stare non posse: ut infirmata scriptura, quae testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas“) überall nicht hieher, sondern steht mit der oben bereits erklärten L. 8. eod. unter den allgemeinen Regeln über den Einfluß eines Irrthums. Vgl. §. 3. nr. 1. not. 38.

77) L. 9. §. 5. D. h. t. „Si quis jus ignorans, lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistola D. Pii. — Quod si ideo (dieß sind die Schlußworte des Rescripts) repetitionem ejus pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt: sciant ignorantiam facti, non juris, prodesse: nec stultis solere succarri, sed ignorantibus.“ S. auch L. 9. C. ad Leg. Falcid.

Digitized by Google

rungsrecht, gestattet [78]), und erst durch Justinian sey dieß aufgehoben [79]). Diese Voraussetzung ist in der obigen Allgemeinheit sicher falsch; auf keinen Fall aber kann ihr irgend ein Einfluß auf einen klar und bestimmt ausgesprochenen, und nirgends so wenig direct noch indirect, aufgehobenen Rechtssatz eingeräumt werden [80]).

2) Es kann Rechtsirrthum die Veranlassung werden, daß Jemand seine Regreßklage gegen einen Dritten verliert, für

---

78) S. z. B. Cujacius obs. L. VIII. cap. 2. u. §. 14. Tiedemann (Praes. A. P. Fricke) D. de indebitum solvente per ignorantiam juris civilis ad indebiti condictionem admittendo. (Helmst. 1778.) Man begreift aber nicht, wie hier auf den Unterschied zwischen juris u. facti ignorantia noch etwas ankommen konnte, wenn außer den Fällen, wo das interdictum quod legatorum begründet war, — (denn davon verstehen sie alle entgegenstehende Stellen) — dem Erben überall kein Zurückforderungsrecht des zu viel Gezahlten zugestanden hätte!

79) In d. L. 18. C. ad L. Falcid. — welche aber die Entscheidung einer ganz andern Rechtsfrage zum Gegenstande hat. —

80) Bynkershoek — obs. jur. rom. VII. cap. 7. glaubt, unsere Regel habe sich nur auf die Fälle bezogen, wo der Erbe die Falcidia nicht vindiciren konnte; er schließt daraus, daß auch jetzt noch, wo dieß nach älterm Recht gestattet war, das zu viel Gezahlte unbedingt zurückgefordert werden könne, nach der Regel suum petentibus nec ignorantiam juris nocere! Gegen solche Mißbräuche der historischen Interpretation kann nicht oft genug gewarnt werden; zu einer besondern Prüfung und Widerlegung dieser Ansicht von B. ist aber hier der Ort nicht. — Daß in manchen Fällen der Erbe nach strengem Recht wegen der Falcidia nur ein Zurückbehaltungsrecht hatte, läßt sich schwerlich bezweifeln; doch ergiebt sich aus der L. 21. ad Sct. Trebell. deutlich, daß ihm da doch eine mittelbare Rechtshülfe das gewährte, worauf ihm in anderen Fällen ein unmittelbares Recht zustand; folglich unsere Regel zur Zeit der classischen Juristen als eine ganz allgemeine allerdings gelten konnte. — M. vgl. übrigens noch Puttmann interpret. et observ. lib. singul. cap. 34.

Digitized by Google

welchen er Zahlung leistete. So verliert ein Bürge seine obligatio gegen den Hauptschuldner, wenn er blos juris ignorantia unterließ, dem klagenden Gläubiger die das Forderungsrecht selbst [81]) betreffende Einrede entgegen zu setzen. L. 29. pr. D. mandati: „Si fidejussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fidejussoris, an mandati judicio persequi possit id, quod solverit, quaeritur? Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli, vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari: dissoluta enim negligentia prope dolum est. Ubi vero ignoravit, nihil, quod ei imputetur. Pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi, vel cujus alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet, ei mandati actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fidejussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.“ Also: kannte der Bürge die Thatsache nicht, woraus gegen die Klage eine Einrede hergenommen werden kann, diese mag nun die Existenz der Schuldverbindlichkeit selbst oder ihre Wiederaufhebung betreffen, so behält er seine Ansprüche gegen den Schuldner. Daß Ulpian hier nicht ausdrücklich zwischen Juris und facti ignorantia unterscheidet, wird wohl schwerlich Jemand als einen Zweifelsgrund gegen die Wahrheit unseres Satzes ansehen; denn hätte der Jurist auch nicht so bestimmt, wie er thut, das Recht des Bürgen von factischer Unwissenheit abhängig gemacht, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß da, wo von dem Recht eines Dritten die Rede ist, wohl Unwissenheit einer fremden Thatsache [82]), keinesweges aber Rechtsunkunde, dem Bürgen zur Entschuldigung gereichen können [83]).

---

81) Diese Einschränkung beruht auf L. 29. §. 4. D. mandati.

82) L. 29. §. 3. D. mandati.

83) Noch etwas genauer wie Ulpian unterscheidet Celsus in der L. 47. D. de cond. indeb.: ob der Bürge gezahlt habe um

Eine andere Frage ist: ob der Bürge auch dann noch den Hauptschuldner mit der Mandatsklage in Anspruch nehmen könne, wenn er aus einer ungültigen Bürgschaft eine wirklich existirende Schuldverbindlichkeit tilgte? Es könnte den Anschein haben, als sey diese Frage schlechthin zu verneinen, weil der Bürge, welcher auf eine ungültige Weise sich verbürgt, den Auftrag nicht erfüllt habe; daß ihm mithin, um seine Schadloshaltung zu bewirken, nur die condictio indebiti gegen den Gläubiger, oder negotiorum gestorum actio wider den Principalschuldner, zustehen könne. Doch Ulpian spricht dem Bürgen die Mandatsklage nur ab, wenn er durch Rechtsunkunde zur Eingehung der ungültigen Bürgschaft verleitet wurde — z. B. wenn er glaubte, daß Jemand durch freie Stellvertreter eine obligatio erwerben könne, und deßwegen einen solchen für den Gläubiger stipuliren läßt, — er räumt sie ihm ein, wenn er in facto irrte, z. B. den stipulator für einen der Gewalt des Gläubigers unterworfenen Menschen hielt [84]): L. 29. §. 1.

---

seine Verbindlichkeit als Bürge zu tilgen, oder ob er geradezu für den Hauptschuldner Zahlung geleistet. Im letztern Falle soll ihm die actio mandati ohne Weiteres zustehen — versteht sich, wenn ihm das wahre Sachverhältniß unbekannt war, — im erstern aber nur in subsidium, und auch dieß nur alsdann, wenn er nicht durch Rechtsirrthum verleitet wurde, zu glauben, daß er schuldig sey, zu zahlen: Indebitam pecuniam per errorem promisisti: eam, qui pro te fidejusserat, solvit. Ego existimo, si nomine tuo solverit fidejussor, te fidejussori, stipulatorem tibi obligatum fore, nec expectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandesse, ut tuo nomine solveretur: sin autem fidejussor suo nomine solverit, quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse: quoniam indebitam jure gentium pecuniam solvit: quo minus autem consequi poterit ab eo, cui solvit, a te mandati judicio consecuturum: si modo per ignorantiam petentem exceptione non summoverit."

84) Dieß passende Beispiel führt der Scholiast der Basiliken an, T. II. p. 186. not. e.

mandati. „Non male tractabitur, si, cum ignoraret fidejussor inutiliter se obligatum [85]), solverit, an mandati actionem habeat? Et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia ejus potest: si vero jus, aliud dici debet.“ Dieser Entscheidung darf man denn auch den ihr gebührenden Beifall nicht versagen, indem ja das Mandat nicht blos auf die Bürgschaft, sondern auch auf Zahlung gerichtet ist; weil indessen der Bürge nur alsdann dem Hauptschuldner eine Exception aus seiner Zahlung erwirbt, wenn er aus einer rechtsbeständigen Bürgschaft, oder auch, wie dieß jeder Dritte wirksam thun kann, gradezu für den Schuldner zahlt, nicht aber auch — (und von einem solchen Fall ist hier die Rede) — wenn er aus einer ungültigen, oder rechtlich wieder aufgehobenen Intercession, und zwar um seine Verbindlichkeit zu tilgen, Zahlung leistete, so ist wohl nichts natürlicher, als den Bürgen die Nachtheile, oder die Unbequemlichkeiten, selbst empfinden zu lassen, die er sich durch seine Rechtsunerfahrenheit zugezogen hat [86]).

---

85) Mit Unrecht bezieht die Glosse diese Worte auf Ungültigkeit der Hauptschuld selbst. Von solchen Fällen war unmittelbar vorher die Rede, die ganze Fassung unserer Stelle beweißt aber zu deutlich, daß Ulpian hier einen ganz andern Fall entscheiden will. Vgl. auch das in der vor. Note angeführte Schol. Basil.

86) Zum Theil auf gleichen Grundsätzen beruht die Entscheidung Papinians in L. 32. pr. de negot. gest., wenn gleich der Fall selbst durchaus verschieden ist: Es bestellt Jemand seinem Gläubiger für die seine Schuld einen Bürgen, für eine andere Pfänder. Der Bürge zahlt beide Forderungen in der Meinung, daß auf diese Weise eine Art von Confusion entstanden sey, wodurch er berechtiget werde, sowohl wegen beider Forderungen sich an die Pfänder zu halten, als auch seinen doppelten Anspruch mit der aus der Bürgschaft entspringenden actio mandati gegen den Schuldner geltend zu machen. („Fidejussor imperitiae lapsus, alterius quoque contractus, qui personam ejus contingebat, pignora, vel hypo-

§. 6.

II. Bei den Handlungen, worin eine Uebertretung von Strafgesetzen liegt, wirkt die Regel über die Verschiedenheit des factischen und des Rechtsirrthums noch viel bestimmter und allgemeiner, wie in der bürgerlichen Rechtssphäre; d. h. factische Unwissenheit schließt die Verhängung aller, oder doch der ordentlichen Strafe, stets aus, dagegen Rechtsunwissenheit in der Regel, oder, insofern nicht besondere Ausnahmen nachgewiesen werden können, nicht entschuldigt. Doch kann dieser Satz nicht ohne Beweis bleiben, da er sich von der gewöhnlichen Ansicht bedeutend entfernt. — Im Ganzen scheinen die Criminalisten darüber einverstanden zu seyn, daß ohne das Bewußtseyn der Strafbarkeit — ohne)subjectiven) dolus — den Handelnden keine, oder doch nicht die volle, gesetzliche Strafe treffen könne [87]), die Art und der Grad der Strafe aber un-

---

thecas suscepit, et utramque pecuniam creditori solvit, exisistimans indemnitati suae confusis praediis consuli posse"). Papinian entscheidet, daß der Bürge in Beziehung auf die zweite Schuld nur als negotiorum gestor zu betrachten sey: „ob eas res judicio mandati frustra convenietur, et ipse debitorem frustra conveniet: negotiorum autem gestorum actio ubique necessaria erit."

87) Daß diese Behauptung noch von Niemanden erwiesen worden sey, wird sehr richtig von Feuerbach bemerkt. Sein eigner Beweis dafür besteht aber darin: „wo keine Vorstellung von dem Gesetz, von der Verbindlichkeit die Handlung zu unterlassen, und von der Strafe als Bestimmungsgrund der Unterlassung sey, da könne auch die Drohung nicht wirksam seyn, oder das Strafgesetz nicht abschrecken." (Revision u. s. w. Thl. II. S. 43 folg. S. 67 folg.) Gegen die Bündigkeit dieser Schlußfolgerung läßt sich nichts erinnern. Doch als Beweisgrund kann man sie nur unter Voraussetzung der absoluten Wahrheit des s. g. psychologischen Abschiedungsprincips gelten lassen. So lange diese aber noch nicht für Jedermann überzeugend dargethan ist, wird der scharfsinnige Vertheidiger dieses Systems es Niemanden verargen können, wenn er in diesem Beweise

abhängig seyen von der Kenntniß des Strafgesetzes. Soviel mußte man freilich wohl zugeben, wollte man anders den positiven Strafgesetzen überall noch einige Anwendbarkeit sichern. In der That aber ist diese Einschränkung eine bloße Nothhülfe, der es an allem festen Princip mangelt. Räumt man einmal dem Bewußtseyn der Strafbarkeit einer Handlung so viel ein, daß ein Mangel desselben alle Strafe ausschliesse, so läßt sich

---

nur einen logischen Cirkel erblickt. — Am consequentesten hat übrigens den obigen Grundsatz durchgeführt Unterholzner, in seiner Entwickelung der philos. Grundsätze eines Strafsystems. Nach ihm soll, ohne bestimmte Kenntniß des Strafgesetzes, auch gegen dolose Verbrecher die gesetzliche Strafe nie verfügt werden können, so daß, „was an sich dolus ist, blos als culpa angesehen werden müsse," sobald der Verbrecher zwar seine Handlung als eine strafbare erkenne, doch von dem positiven Verbote keine Kenntniß habe, woraus sich denn der Satz ergeben soll, „daß eine dolose Uebelthat nur ein culposes Verbrechen seyn könne." (S. 294). Selbstverschuldete Unwissenheit schliesse die gesetzliche Strafe aus. Es könne z. B. seyn, „daß in dem Lande, wo ein Duell vorgefallen, das Duellmandat in allen Gasthöfen angeheftet war, und die Wirthe den Auftrag hatten, die Fremden darauf aufmerksam zu machen. Wäre dieß nun auch geschehen, der Duellant hätte aber das Mandat nicht lesen wollen, so sey die Unkenntniß doch nur eine verschuldete, und das Verbrechen werde nur zur culpa zugerechnet werden können." (ib. not. 20.) Ja sogar soll, auch in dem Fall das Strafrecht nicht auf das volle Maaß des verdienten (das natürliche Strafmaaß nicht überschreitenden) Strafübels gehen, wenn zwar eine eben so große Strafe wirklich angedroht war, der Verbrecher aber geglaubt hat, daß eine geringere Strafe angedroht sey! (S. 366.) — Ueberzeugt, daß der Verf. diese — um den gelindesten Namen zu wählen — unausführbare Theorie längst aufgegeben hat, würde ich ihrer überall nicht gedacht haben, böte sie nicht ein so auffallendes Beispiel dar, wohin eine ganz consequente Anwendung des Grundsatzes: „ohne die Kenntniß des Gesetzes keine Strafe" — am Ende führen müsse.

Digitized by Google

doch wahrlich nicht einsehen, wie man dann noch Strafen zuerkennen will, welche die Gränzen des durch die Natur der Sache gesetzten Strafmaaßes überschreiten, indem das darüber Hinausgehende allemal einer besondern Sphäre angehört, in welcher ja kein anderes Recht für den Verbrecher gelten kann, als man ihm überhaupt zugesteht! Läßt man sich aber auch dieß Nothprincip gefallen, um der ungeheuern Absurdität zu entgehen, daß positive Strafgesetze nur für den Rechtskenner gegeben seyen, so hilft es doch immer nicht aus für die große Menge von Verbrechen, welche ganz auf positiven Einrichtungen im Staat beruhen, oder gradezu durch positive Gesetze zu Vergehungen gestempelt sind. Ist man consequent, so muß man wegen Unkunde solcher Gesetze alle Strafe ausschließen, wie dieß freilich auch schon behauptet ist. Andere, weniger consequent, machen hier einen Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden, und gestatten nur jenen es nicht, sich in Fällen dieser Art auf Rechtsunwissenheit zu berufen, wegen der jedem Staatsbürger obliegenden Verpflichtung, die Gesetze zu lernen [88]; dadurch ist aber der Grundsatz, worauf es hierbei zunächst ankommt, vollständig zugegeben, mithin betrifft der ganze Streit nur noch eine subjective Beschränkung, die aber falsch ist, da für jeden, welcher verpflichtet ist, seine Handlungen nach den Gesetzen eines bestimmten Staats beurtheilen zu lassen, auch eine gleiche Verbindlichkeit, wie für die Bürger dieses Staats, gelten muß, die Gesetze desselben zu kennen [89]. Auf der regelmäßigen

88) z. B. Leyser medit. ad Pand. sp. 289. med. 6. Weniger bestimmt sind Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts. 1. B. §. 48. und Glück Erläut. der Pand. H. 44. nr. 4.

89) Nov. 69. cap. 1. — Es läßt sich dieser Satz auch mit Feuerbachs Worten sehr gut so ausdrücken: es sey eine natürliche Verbindlichkeit für Jeden, der dem Gesetz unterworfen ist, vorhanden, über den möglichen Causalzusammenhang seiner Handlung mit einem gesetzwidrigen Erfolge zu reflectiren. Revision

Allgemeinheit dieses Satzes nun beruht unsere ganze Ansicht. Er selbst ist eine nothwendige Grundbedingung der Sicherheit des Rechts und der Staaten; ohne ihn würden die Heiligkeit der Gesetze und die Möglichkeit einer festen Justizpflege vernichtet, — die für das Wohl des Ganzen so nöthige Ordnung im Staate dem Zufall, oder der Dummheit, oder auch der List jedes Einzelnen, Preis gegeben werden. Wollen wir Gesetze haben, so dürfen wir nicht aus übelverstandenem Freiheitseifer ihre Anwendbarkeit auf eine Art beschränken, wodurch der Zweck alles positiven Rechts mittelbar wieder aufgehoben würde. Darum stellen die Römer den Satz als Regel auf: daß ein Jeder, der dem Gesetz unterthan ist, das Gesetz lernen müsse; sie nennen denjenigen einen Thoren, welcher es verabsäumt, sich die nöthige Rechtsbelehrung zu verschaffen, und erklären: daß ein solcher keinen Anspruch auf die Wohlthaten und den vollen Schutz zu machen habe, den das Gesetz nur seinen verständigen Bürgern gewähre [90]).

Sollte es hier aber für die Gegenstände des Criminalrechts ein anderes Princip geben, wie für die des bürgerlichen? sollte hier die Rücksicht auf die Freiheit des Einzelnen mehr vermögen, als die auf das Wohl des Ganzen — auf die Freiheit Aller? So dachten wenigstens die Alten nicht, denen doch ihre Freiheit auch etwas galt. So sagt Aristoteles: Ungerecht handle, wer wider das Gesetz handelt; auf Unwissenheit aber

---

II. S. 64. Doch läßt er freilich die Schlußfolgerung nicht zu: daß die Möglichkeit des Bewußtseyns der Gesetzwidrigkeit die Zuerkennung der Strafe begründe. Eben so schränkt auch Kleinschrod seinen richtigen Grundsatz: zur Zurechnung werde die Herstellung des Umstandes erfordert: „der Urheber habe das Strafgesetz gekannt, oder es lernen können und müssen," hinterher wiederum durch allerlei Barmherzigkeitsprincipien ein, wodurch denn der Satz selbst ganz unbrauchbar wird. S. neues Archiv des Crim. Rechts, I. 1. Abth. I. — besonders §. 4. u. 11.

90) S. §. 4. not.

Digitized by Google

dürfe sich nur der berufen, dem das Besondere (das factum) ohne sein Verschulden unbekannt gewesen sey, nicht aber, der das Allgemeine (das Recht) nicht gekannt. Das Gesetz müsse Jeder kennen, und dieß sey auch keine schwierige Sache [91]). Und eine ganz bestimmte Anwendung dieses Satzes auf Strafgesetze enthält das Beispiel, welches Cicero im 31ten Capitel des zweiten Buchs seiner Schrift de inventione zur Erläuterung der Frage anführt: in wiefern ein zugestandenes, an sich unerlaubtes, factum entschuldigt, die Entschuldigung aber durch Gegengründe wieder entkräftet werden könne? In einer Seegefahr geloben die Schiffsleute, im nächsten Hafen dem Schutzgott des Orts ein Kalb zu schlachten. Hier angekommen, vollziehen sie das Gelübde, unbekannt mit dem Gesetz, (imprudentes legis) das ein solches Opfer verbietet. Jetzt erfolgt die Anklage. Sie gründet sich auf die gesetzwidrige Handlung des Opferns. Die Angeklagten erwiedern: ihnen sey das Verbot unbekannt gewesen; diese Einrede sucht der Ankläger durch die Gegenbemerkung zu entkräften: aber immer habt ihr wider das Gesetz gehandelt. Die Entscheidung dreht sich also um die Frage: ob die Entschuldigung eine Beachtung verdiene [92])? Hierbei, sagt Cicero, komme alles darauf an, ob sich das Geschehene auf irgend eine Weise hätte vermeiden lassen, wobei denn nur dem Ankläger obliege, zu zeigen, daß man die Handlung als eine gesetzwidrige hätte lernen können, –

---

91) Aristotel. Ethic. (ed. Aut. Riccobonus, Hanov. 1610.) Lib. III. cap. 1. §. 4. cap. 5. §. 2. 3. Lib. V. cap. 1. §. 4. cap. 6. §. 2. cap. 9. §. 7. cap. 11. init. u. an anderen Stellen. Vgl. auch die Anmerkungen des Herausgebers zum ersten Capitel des dritten Buchs, S. 536.

92) „Intentio est: vitulum immolastis ei Deo, cui non licebat. Depulsio est in concessione posita. Ratio est: nescivi non licere. Infirmatio est: tamen, quoniam fecisti, quod non licebat, ex lege supplicio dignus es. Judicatio est: cum id fecerit, quod non oportuerit, et id non oportere nescierit, situe supplicio dignus."

Digitized by Google

sie durch Vorsicht und sorgfältige Ueberlegung sich hätte vermeiden lassen [93]).

Diese Vorsicht konnte doch wohl hier in nichts anderem bestehen, als in einer sorgfältigen Erkundigung nach den an diesem Orte geltenden Opfergesetzen und Gebräuchen. Deutlich erkennt Cicero also den Satz als Regel an: wer mit Absicht und Bewußtseyn eine durch das Gesetz verpönte Handlung vornimmt, den entschuldigt das Berufen auf Rechtsunwissenheit nicht, sobald es überhaupt möglich war, eine Rechtsbelehrung zu erhalten, oder — wie wir der Vollständigkeit des Resultats wegen auch hier wieder hinzufügen, — insoferne es überhaupt nicht erst der Rechtsbelehrung bedarf, um eine Handlung als eine widerrechtliche zu erkennen.

Anders kann es auch nicht seyn. Macht man, wie Niemand läugnet, die Verbindungskraft des positiven Gesetzes für Alle, die dem Gesetze unterworfen sind, von dessen gehörig geschehener Publikation abhängig, so ist es widersprechend, nun auch noch die bestimmte Kenntniß desselben von jedem Individuum zu erfordern, dessen Handlung mit dem Gesetze nicht übereinstimmt. Mag immerhin der Gesetzgeber gewisse Menschenclassen, bei denen Mangel an Einsicht und Rechtsunerfahrenheit im Ganzen vorauszusetzen ist, von den strengen gesetzlichen Folgen befreien, — mag er überhaupt für die Anwendung einzelner positiver Strafgesetze wirklichen dolus, also die Kenntniß des Gesetzes selbst erfordern [94]), — mag er Einzelne, deren

---

93) — „ostendere — quod non ignorabile — — fuerit, — demonstrare, potuisse vitari, — et hac ratione provideri potuisse, si hoc aut illud fecisset, aut ne sic fecisset (vielleicht faceret) praecaveri.“ ib. cap. 32.

94) So soll z. B. die Bestimmung des Scti. Silaniani nur gegen diejenigen angewandt werden, welche nicht blos wissen, daß der Erblasser getödtet worden sey, sondern auch dolo handeln, d. h. hier: die Strafbestimmung kannten; „Si quis ignorans occisum, aperuerit; non debet hoc edicto teneri. Et si

rechtliche Gesinnung sich nicht bezweifeln läßt, von den Nachtheilen, denen das Gesetz sie unterwirft, dispensiren: — Regel wird es stets bleiben müssen, daß zur Anwendung eines Strafgesetzes nichts weiter erfordert werde, als: eine mit Bewußtseyn und Willkühr verübte, auf einen bestimmten Erfolg gerichtete [95]) Handlung, deren Urheber eine, dem Gesetze wenigstens für diesen Fall unterworfene, Person ist [96]). Diese Ansicht,

---

sciens (occisum), non tamen dolo aperuit, aeque non tenebitur; si forte per imperitiam, vel per rusticitatem, ignarus edicti Praetoris vel Scti. aperuit." L. 3. §. 21. 22. D. de Scto Silan. L. 7. §. 4. D. de jurisd. Uebrigens darf man wohl annehmen, daß, bei der Oeffentlichkeit des Geschäftsganges, der Gesetzgebung und Erweiterung durch das Edict, und der directen und indirecten Theilnahme aller römischen Bürger daran, früher kein erwachsener Römer, der nicht zu den, wegen ihrer Unreife, ihres Mangels an Bildung, oder ihrer Einfalt, von den Gesetzen in besonderen Schutz genommenen Personen gehörte, sich auf Unkunde des positiven Strafgesetzes habe berufen dürfen, u sicher deutet Ulpian in den angeführten Stellen noch darauf hin, indem er sich sonst wohl kürzer und bestimmter hätte fassen können. M. vgl. §. 9. D. a. E.

95) Daß der Erfolg auch wirklich eingetreten sey, darauf sehen bekanntlich die Römer weit weniger, als dieß den Neuern nöthig scheint. Vgl. Welker Recht, Staat u. Strafe. S. 555.

96) Eine bestimmte gesetzwidrige Absicht ist also nicht nothwendige Bedingung und Anwendung des Strafgesetzes; ungefähr wie auch umgekehrt die Regel gilt: wer da glaubt, widerrechtlich zu handeln, da er doch kein Gesetz verletzte, der thut kein Unrecht. S. §. 3. nr. 3. und die dazu gehörige Note. — Ich mache hier noch auf die corrumpirte Stelle in der coll. CC. Mosaic. et Romanas. T. I. §. 12. (nach der Ueberschrift aus Modestin) „Nonnunquam per ignorantiam delinquentibus jure civili venia tribui solet, si modo rem pacto (unstreitig muß es heißen: facto) quis non juris ignoret." Wörtlich genommen würde sie freilich zu viel beweisen; daß in ihr dennoch ein

deren Unentbehrlichkeit die Wahrheit hinreichend verbürgt, läßt sich denn auch, direct und indirect, aus unserer positiven Gesetzgebung erweisen, wobei ich mich indessen, meinem Zwecke gemäß, auf römisches Recht beschränke. So sagt Ulpian L. 11. §. 4. D. de his qui notantur infamia: „Notetur etiam, qui eam (die Witwe, während der Trauerzeit) duxit, sed si sciens, ignorantia enim excusatur, non juris, sed facti.“ Ferner Callistratus in L. 15. pr. de Lege Cornel. de falsis. „Divus Claudius edicto praecepit, adjiciendum legi Corneliae, ut, si quis, cum alterius testamentum vel codicillos scriberet, legatum sibi sua manu scripserit, proinde teneatur, ac si commisset in legem Corneliam, et ne vel iis venia detur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant“ [97]). Wie mißlich es um manche, herrlich ausgesonnene, Straftheorien stehe, wenn man sie an Bestimmungen unseres positiven Rechts hält, mag auch folgendes Beispiel angeben: „Wenn z. B. Jemand,“ sagt ein neuerer Schriftsteller, „die Zollgesetze eines Staats nicht kannte und ihnen entgegenhandelt, so ist hier der Fall vorhanden, wo wegen Unwissenheit der Begriff eines Verbrechens ausgeschlossen ist.“ Dann hätte aber Marcian Unrecht, wenn er grade von einem solchen Falle sagt: „Licet quis se ignorasse dicat, nihilo minus eum in poenam vectigalis incidere, Divus Adrianus con-

---

starkes Argument für unsere Ansicht liege, wird Niemand verkennen.

97) cf. L. 3. C. de his qui sibi adscribunt in testamento: „Senatusconsulto, et edicto D. Claudii prohibitum est, eos qui ad scribenda testamenta adhibentur, quamvis dictante testatore, aliquod emolumentum ipsis futurum scribere; et poena legis Corneliae facienti irrogata est: cujus veniam deprecantibus ob ignorantiam (die hier nur Rechtsunwissenheit seyn kann), et profidentibus a relicto discedere, amplissimus ordo, vel divi principes, veniam raro dederunt.“

Digitized by Google

stituit“ [98]), so wie Ulpian, welcher für Minderjährige eine restitutio in integrum gegen die nachtheiligen Folgen der unterlassenen Zollentrichtung für nöthig findet, sie aber dieser Rechtswohlthat für unwürdig erklärt, wenn sie dolos handelten, oder das Zollgesetz kannten [99]).

Wie nun aber überhaupt die Anwendbarkeit eines Gesetzes durch vollständige Uebereinstimmung der Momente des concreten Falls mit denen der gesetzlichen Entscheidung bedingt ist, so muß auch die Handlung, auf welche ein Strafgesetz angewandt werden soll, dem durch dasselbe bestimmten Begriffe des Verbrechens entsprechen. Wenn daher gesagt wird, daß derjenige, welcher in der Meinung Erbe zu seyn, Erbschaftssachen veräußert, keinen Diebstahl begehe, also auch in dem Falle nicht, wenn sein falsches Dafürhalten sich in einem Rechtsirrthume gründet, so darf man sich dieß nicht daraus erklären, daß Rechtsirrthum Niemanden schädlich sey [100]), sondern: weil ohne dolus kein Diebstahl begangen wird, und hierin setzt auch Gajus ausdrücklich seinen Entscheidungsgrund: „furtum enim sine affectu furundi non committitur“ [1]). Eben so wenig werden die Vertheidiger der entgegenstehenden Ansicht sich auf die L. 108. D. de reg. jur. berufen können, wo es heißt: „fere in omnibus poenalibus judiciis et aetati et imprudentiae succurritur.“ Die Zusammenstellung des unreifen Alters und der imprudentia macht es sehr wahrscheinlich, daß Paulus durch den letztern Ausdruck die absolute Rechtsunerfahrenheit

---

98) L. 16. §. 5. D. de publicanis et vectigal.

99) L. 9. §. 5. D. de minorib. — Auch alle übrigen Fälle, in welchen nur als Ausnahme für gewisse Personen das Berufen auf Rechtsunwissenheit zugelassen ist, enthalten ein sehr beweisendes argumentum a contrario. M. s. z. B. die L. 5. C. de his qui sibi adscrib. u. Nov. 12. C. 1. in f.

100) So Unterholzner, Verjährung S. 121. not. i.

1) L. 36. §. 1. u. 37. D. de usurp. et usucap.

Digitized by Google

bezeichnen wollte, welche auch rusticitas, imperitia, genannt wird, (§. 9. nr.). Doch auch zugegeben, daß unter imprudentia an dieser Stelle ein unvorsichtiges, übereiltes Handeln zu verstehen sey, — zugegeben ferner, daß Paulus dabei nicht blos die Verbrechen vor Augen hatte, welche zu ihrem Begriffe dolus erfordern, indem nicht geläugnet werden soll, daß der Mangel des dolus bei jedem Verbrechen möglicherweise in Betracht kommen kann: so hat doch jedes Berufen auf die Abwesenheit eines bösen Vorsatzes seine Gränzen, diese sind aber für Rechtsunwissenheit ein für alle Mal dahin bestimmt, daß sie nur entschuldigt, wenn keine Möglichkeit vorhanden gewesen ist, eine Belehrung zu erhalten.

§. 7.

III. Von der Regel über juris u. facti ignorantia giebt es eine allgemeine Modification und verschiedene Ausnahmen. Von jener ist oben (§. 4.) schon die Rede gewesen; von dieser kann erst gesprochen werden, wenn zuvor eine angeblich allgemeine Rechtsregel beleuchtet, und ihre Beleuchtung für unsern Gegenstand bestimmt seyn wird. Sie gründet sich zunächst auf die beiden Aussprüche Papinians: L. 7. D. h. t. (Papin. Lib. 19. Question.) „Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet;“ und L. 8. eod. (Papin. Lib. 1. Definit.) „Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest, juris autem error nec feminis in compendiis prodest: caeterum omnibus juris error in damnis rei suae amittendae non nocet.“ Womit in Verbindung zu setzen ist die L. 10. C. h. t. (Impp. Diocl. et Maxim.) „Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cesset repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.“

Von den hierauf gegründeten Systemen übergehe ich diejenigen mit Stillschweigen, welche Papinians: „juris igno-

Digitized by Google

rantia suum petentibus non nocet“ überhaupt nur unter Voraussetzung eines entschuldbaren Irrthums gelten lassen wollen; denn ein entschuldbarer Irrthum, — der freilich nur angenommen werden darf, wenn der Irrende keine Rechtsbelehrung erhalten konnte — wird stets verziehen, wie dieß oben zur Genüge dargethan ist [2]). Von anderen Theorien aber sollen hier nur die von Donellus und von Cujacius erwähnt werden, weil in ihnen alle möglichen Ansichten, außer der unsrigen, schon enthalten sind, mögen sie auch noch so verschieden ausgedrückt werden. — Donellus nun unterscheidet zuförderst drei verschiedene Fälle, — den Verlust der Aussicht auf Gewinn, — eine wirklich schon erlittene Vermögenseinbuße (damnum rei amissae) — und einen bevorstehenden Verlust (damnum rei amittendae). Für die beiden ersteren Fälle gelte gleiches Recht als Regel [3]), d. h. was wir durch Rechtsunwissenheit nicht haben, mögen wir es nun nie gehabt, oder von dem unsrigen eingebüßt haben, das müssen wir aufgeben. Dagegen finde eine Berufung auf Rechtsunwissenheit statt, um einen noch erst bevorstehenden Schaden abzuwenden. Ein solches damnum rei amittendae lasse sich in vier Fällen annehmen: a) wegen falscher Zugeständnisse (confessio nostra falsa fatentium, aliquid nostrum non esse, quod no-

---

2) Einer directen Widerlegung der entgegenstehenden Ansicht durfte ich mich überheben, da von den mir bekannten Schriftstellern Keiner Gründe dafür hat. — Daß übrigens Cujacius eine Berufung auf die Unmöglichkeit, eine Rechtsbelehrung zu erhalten, überhaupt nur für die privilegirte Personen zuläßt, hat auf seine Ansicht von der Regel, mit deren Interpretation wir es hier zu thun haben, keinen Einfluß; denn diese versteht auch er ganz allgemein, ohne zwischen einem entschuldbaren und nicht entschuldbaren Irrthume zu unterscheiden.

3) Nur darin nimmt er einen Unterschied zwischen beiden Fällen an, daß es von dem zweiten mehrere besondere Ausnahmen gebe, wie von dem ersten.

atrum est, aut esse, quod non est) [4]), b) wegen irrthümlich geschehenen Versprechens einer Nichtschuld (promissio rei indebitae), c) wegen des Besitzes einer fremden Erbschaft (alienae hereditatis occupatio), d) wegen der Uebertretung eines Strafgesetzes (delictum). In den drei ersten Fällen sey eine Berufung auf Rechtsunwissenheit zulässig, (in den ersten jedoch mit Ausnahme der confessiones in jure factae); eine durch unerlaubte Handlungen erst gewirkte Strafe dagegen stehe freilich ebenfalls unter dem Begriffe eines damni amittendae rei, ein Berufen auf Rechtsunwissenheit finde aber hier in der Regel eben so wenig statt, wie in den Fällen eines verfehlten Gewinns, oder eines damni rei amissae [5]). — Gegen diese Ansicht soll vorläufig nur folgendes erinnert werden: die beiden ersten Fälle sind unstreitig richtig bestimmt, und auch in Papinians Regel enthalten; der Tadel trifft hier nur die ungebührliche Beschränkung des Grundsatzes, woraus die, an sich richtigen, Folgerungen hergeleitet werden. Auch für den dritten Fall (wobei D. nur die auf einem viel allgemeineren Grunde beruhende Entscheidung Ulpians in L. 25. §. 6. de H. P. vor Augen hatte) ist es wahr, daß Rechtsunwissenheit unschädlich sey; jedoch wird Jedermann leicht zugeben, daß es wenigstens höchst gezwungen ist, hierauf Papinians Regel zu beziehen, deren es auch zur Rechtfertigung dieser Entscheidung überall nicht bedarf [6]). — Eben so wenig läßt sich die Richtigkeit der Bemerkung verkennen, daß Papinians Ausspruch auf die Uebertretung von Strafgesetzen keinesweges eine Anwendung leide. Indessen sieht man nicht ein, wozu es fruchtete, den Satz, als einen ganz allgemeinen, an die Spitze zu

---

4) Er bezieht sich dabei auf L. 5. 8. 9. C. h. t. (Vgl. oben s. 3. nr. 1.)

5) Comment. jur. liv. Lib. I. cap. 21. §. 15. bis zu Ende und c. 22. §. 1. 2.

6) S. oben §. 3. nr. 2.

Digitized by Google

ſtellen: in damnis amittendae rei suae minimae nocere juris ignorantiam, und hinterher ſeine Untauglichkeit als allgemeines Princip nicht blos zuzugeben, ſondern ſelbſt zu deduciren!

Die Theorie von Cujacius findet ſich am kürzeſten in ſeinen Obſervationen (V. 39.). Doch iſt ſie kaum zu erkennen, da Cujacius ſich grade hier (was ſonſt ſeltener bei ihm der Fall iſt, und am wenigſten in den Obſervationen) in allerlei ſubtilen Antitheſen gefällt, die zum Theil an die Zeiten der Bartoliſten erinnern [7]). Umſtändlicher und beſtimmter trägt er ſeine Anſicht in den Vorleſungen über Papinian vor, wovon folgendes das weſentliche Reſultat iſt: Unter lucrum ſey jeder nicht auf einem beläſtigenden Grunde beruhende Erwerb zu verſtehen, gleichviel übrigens, ob man nur wiedererwerben wolle, was durch Rechtsunwiſſenheit bereits verloren gegangen, oder ob man das, worauf jetzt der Erwerb gerichtet iſt, nie vorher gehabt. Ganz conſequent ſey es mithin, wenn dem, welcher errore juris unverbindlich eine Forderung erfüllte, das Zurückforderungsrecht abgeſprochen werde, indem durch die erfolgte Leiſtung der Gegenſtand derſelben in das Vermögen des Andern gebracht, mithin für den Erfüllenden verloren ſey. (Man

---

7) So ſagt er: „Nocere est, damno adficere, non prodesse est, neque lucro adficere, neque damno eximere. — Error facti lucro adficit et damno liberat. Error juris neque lucro adficit, neque damno liberat. Ceterum neque hic neque ille error damno adficit, et hoc est, quod dicitur, juris ignorantiam in damnis non nocere, nempe damni per eam nihil adferri. Ut ecce, quod quis jus ignoraverit non habetur pro confesso, sed quod jus ignoraverit, non ideo habetur pro non confesso. Quod quis jus ignoraverit, non ideo non habet condictionem indebiti, sed quod jus ignoraverit, non ideo danda ei est condictio, quae ipso jure non competit. — Ne igitur dixeris, ignorantiam juris nocere, i. e. damnum adferre, sed nocere, i. e. non prodesse!!“

sieht, daß Cuj. auf diesem Wege mit Donellus zu wesentlich gleichen Resultaten gelangt; statt wie dieser zwischen damnum amissae und amittendae rei zu unterscheiden, hilft C. sich dadurch, daß er die Wiederherstehung des Verlornen gradezu als lucrum behandelt.) Nur wenn der Gesichtspunkt des Erwerbes bei einem Verhältnisse als der wesentliche erscheine [8]), werde es in manchen Fällen nicht so genau genommen, so daß mithin die anscheinend entgegenstehenden Bestimmungen sich als bloße Ausnahmen und Modificationen von einer Regel, welche als Regel stets anerkannt werde, betrachten ließen. Um dagegen einen noch nicht eingetretenen Verlust abzuwenden, finde für Jeden die Berufung auf Rechtsirrthum, eben sowohl, wie auf den factischen statt [9]).

Beide Männer — und mit ihnen die meisten Neuern — nehmen also an, daß die Regel: juris error in lucris s. compendiis non prodest, in damnis non nocet, wenigstens für die bürgerliche Rechtssphäre als eine ganz allgemeine, alle Fälle, wobei Rechtsirrthum in Betracht kommt, umfassende, anzusehen sey. Damit dieß nun möglich werde, bestimmt Cujacius den Begriff des lucrum auf eine höchst sprachwidrige Weise. Donellus aber gründet auf das suum petentibus und damnum rei suae amittendae Papinians mit mehr Schein die Behauptung, daß man noch ein Drittes, gleichsam in der Mitte liegendes, das damnum rei amissae als still-

---

8) Wie in den Fällen der L. 8. §. 2. D. qui satisd. cogant. L. 1 D. ut in possession. legat. L. 2. §. 7. D. de jure fisci Man begreift übrigens nicht, warum die Zurückforderung dessen, was ein Anderer ohne Rechtsgrund von uns in Händen hat, eher als Gewinn soll betrachtet werden können, als z. B. die Befugniß, eine außerhalb der obligatio liegende Sicherheitsanstellung zu begehren!

9) Cujacii Praelect. in Papiniani Question. Lib. p. m. 508 sqq. (Lib. 19. ad. L. 7. D. h. t.)

Digitized by Google

schweigend unter der Regel enthalten, annehmen müsse. Allein auch so umfaßt die Regel nicht alle gedenkbaren Fälle, indem ja namentlich bei den Handlungen, wodurch ein Dritter nicht unmittelbar erwirbt, wie z. B. bei prozessualischen Versäumnissen, immer erst wieder bestimmt werden müßte: Gehört die Wiederherstellung des vorigen Zustandes zum lucrum oder zum damnum? (nach Cujacius) — gehört sie zum damnum rei amissae oder amittendae? (nach Donellus). Rechnet man sie zu dem ersten, so könnte dieß doch nur aus dem Grunde geschehen, weil der Verlust sogleich mit der durch Rechtsirrthum veranlaßten Handlung oder Unterlassung eintrete; und da ist denn nicht abzusehen, warum nicht ein Gleiches für ein indebite geleistetes Versprechen gelten soll. Sieht man sie dagegen als damnum ammittendae rei an, so würde wiederum der Grund dafür so allgemein bestimmt werden müssen, daß er nun auch die Fälle des damni amissae rei umfaßte. Wollte man indessen diesen Sätzen auch dadurch noch einige Brauchbarkeit zu sichern suchen, daß man sie auf solche Fälle beschränkte, welche ihren Urhebern hierbei vor Augen schwebten, (Entbehrung eines Gewinns — Verlust dadurch, daß ein Dritter von dem unsrigen etwas erwirbt, — Versprechungen und Zugeständnisse, wodurch man Dritten Befugnisse einräumt, ohne ihnen den Gegenstand derselben in die Hände zu geben), so würden sie sich doch immer nur durch leidige Consequenz rechtfertigen lassen; indem ja in der That dem wahren Rechte nichts mehr entgegen seyn kann, als bloß darum Jemanden ein Zurückforderungsrecht abzusprechen, weil ein Anderer besitzt, was Jenem gebührt! Und wie willkührlich endlich ist es nicht, nur um eine Regel recht allgemein verstehen zu können, ihr einen bloß möglichen Sinn unterzulegen, der denn eben so leicht mit einer zweiten und einer dritten Möglichkeit vertauscht werden kann; was freilich eine solche Regel zur bequemen Grundlage für die heterogensten Theorien macht! Die wahre Bedeutung einer Rechtsregel kann nur durch die besondere Beziehung bestimmt werden,

in welcher sie ausgesprochen ist [10]), oder wenn sich diese mit Bestimmtheit nicht ausmitteln läßt, aus den besonderen Fällen ihrer Anwendung, und aus ihrem Zusammenhange mit dem ganzen Rechtssystem. Dieß gilt denn auch ganz vorzüglich von den Rechtsregeln, welche den Titel de juris et facti ignorantia enthalten; keine einzige derselben darf man ganz allgemein verstehen, ohne daß sie für die Anwendung alle Brauchbarkeit verlieren würde. Selbst die Regel, welche von allen noch am ersten auf Allgemeingültigkeit Anspruch machen kann, die so häufig vorkommende Regel: juris error non prodest adquirere volentibus, wird schwankend, wenn man das adquirere auch auf solche Vortheile bezieht, die Jemanden mittelbar durch Rechtsirrthum zufliessen können, z. B. als bonae fidei possessor, insofern von dessen Verhältnissen als Beklagten die Rede ist [11]), weßhalb denn auch Dion. Gothofredus es für nöthig erachtete, hierbei sein: „Imo, qui in jure errat adquirere potest, et ita retinere, ut praedo non sit dicendus“ anzubringen [12]). So wird denn auch jeder Versuch nothwendig scheitern müssen, den Sinn unserer Regel bloß aus dem Wortbegriffe zu bestimmen, besonders wenn man damit anfängt. Die Begriffe: prodesse, nocere, — lucrum, damnum u. a. können, als relative Begriffe, nur aus der besondern Beziehung, in welcher sie vorkommen, ihre Bedeutung erhalten, und diese kann eben darum auch nicht in allen Fällen gleich seyn. So gebraucht Paulus die Ausdrücke nocere und non prodesse, auf deren Unterscheidung Cujacius

---

10) Wie z. B. die Regel des Terentius Cemens L. 5. D. h. t. „Iniquissimum videtur, cuiquam scientiam alterius quam suam nocere, vel ignorantiam alterius alii profuturam“ nur aus ihrer Beziehung zur L. Jul. et Pap. ihre Bedeutung erhält. S. Heineccii comment. ad L. Jul. et Pap. Pop. p. 189.

11) L. 25. §. 6. D. de H. P.

12) ad L. 7. D. h. t.

Digitized by Google

so viel Gewicht legt, zur Bezeichnung der nämlichen Wirkungen [13]). So bedeutet damnum allen und jeden Nachtheil, auch einen entgangenen Gewinn [14]), selbst dann aber, wann die letztere Bedeutung dadurch ausgeschlossen ist, daß, wie an dieser Stelle [15]), lucrum cessans und damnum im bestimmten Gegensatze stehen, bleiben doch für den Begriff des damni noch alle mit wirklichem Vermögensverlust verknüpfte Nachtheile übrig, folglich nicht wenige Fälle, wofür die Regel: in damnis non nocet juris ignorantia, nicht gelten kann [16]).

Darum wird man denn freilich immer etwas von aussen hineintragen müssen, wenn man glaubt Papinians Regeln schlechterdings so erklären zu müssen, daß aus ihnen die ganze Lehre vom Rechtsirrthum abgeleitet werden könne. Doch worauf gründet sich dieser Glaube? Nirgends wird dieß gesagt, und überhaupt findet sich jener Gegensatz nur bei Papinian; selbst bei Paulus, dessen Fragment das vollständigste über unsern Gegenstand ist, kommt er nicht vor. Nur die Regel, daß da, wo es auf Erhaltung eines Gewinns ankomme, Rechtsunwissenheit nicht verziehen werde, ist ganz ausgemacht eine allgemein anerkannte Rechtsregel. Eben so die, daß wegen eines vernachlässigten Gewinns (lucrum, compendium) selbst Frauen sich nicht auf Rechtsunwissenheit berufen können [17]), denen

---

13) L. 9. pr. u. §. 3. D. h. t.

14) z. B. L. 2. § 11. D. ne quid in loco publ. „Damnum pati videtur, qui commodum amittit, quod consequi poterat."

15) Auch z. B. in L. 30. D. pro socio „neque lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto." Auch L. 26. D. de damno confecto. u.a.a.O.

16) S. §. 5. A. u. 4. B. C.

17) L. 11. C. h. t. „Quamvis in lucro nec foeminis jus ignorantibus subveniri soleat, attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro principum statuta declarant."

doch sonst ihre Rechtsunerfahrenheit, auch bisweilen in solchen Verhältnissen, zu statten kommt, die im Allgemeinen unter dem Gesichtspunkte eines rechtlichen Erwerbs stehen [18]). Durch diese letztere Bemerkung sind wir nun aber dem wahren Sinne von Papinians Regel schon etwas näher geführt. Daß hier nämlich unter Erwerb nicht ein jeder Rechtserwerb, sondern nur eigentlicher Gewinn, verstanden werde, ergiebt sich sowohl aus der Zusammenstellung der Männer und Frauen, als auch aus den hier und an einer anderen Stelle (S. not. 17.) gewählten Ausdrücken: compendium, lucrum, welche in der allgemeineren Bedeutung, für: rechtlichen Erwerb überhaupt, nicht vorkommen. Ohne allen Zweifel wollte also Papinian die Regel über Rechtsunwissenheit da, wo sie am reinsten und ausnahmlosesten erscheint, den völlig entgegengesetzten Fällen gegenüber stellen, wo Rechtsunwissenheit Niemanden schadet. Diese Fälle sollen jetzt durch die folgende, zum Theil schon vorbereitete [19]), Untersuchung näher bestimmt werden.

§. 8.

Geht man alle Fälle durch, in welchen Rechtsirrthum die Veranlassung eines, mit Vermögensverlust verknüpften, Nachtheils werden kann, so wird man bald finden, daß der Gegenstand dieser Untersuchung durch die Frage erschöpft sey: ob Rechtsirrthum die Zurücknahme der, in der Meinung rechtlicher Verbindlichkeit jedoch ohne Rechtsgrund, erfolgten Versprechungen, Verzichtleistungen, Zugeständnisse, oder Leistungen, ausschließe oder nicht? Denn wenn wir vergeblich Kosten aufgewandt haben, oder ein Anderer rechtlich von dem unsrigen etwas erworben, oder auch durch unsere widerrechtliche Handlung einen Schaden erlitten hat; wenn Strafgesetze von uns übertreten, Zeitfristen versäumt, die nöthigen Vorsichtsmaaßregeln

---

48) L. 8. §. 2. D. qui satisd. cogant. (§. 5. A. nr. 4. u. §. 9. B. a.)

49) S. §. 3. nr. 1.

zur Sicherung und Wiedererlangung des unsrigen unterlassen, Verbindlichkeiten erfüllt sind, denen es nicht an allem rechtlichen Grunde fehlte; so trifft den Irrenden der Nachtheil, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, oder nach den besondern, über den Unterschied des rechtlichen und factischen Irrthums geltenden, und Niemanden wird es einfallen, ihm dagegen eine Berufung auf das: in damnis nocet juris ignorantia, zu gestatten. Also: Papinians Gegensatz kann nur auf die Fälle gehen, mit denen sich die obige Frage beschäftigt; mehr Zweifeln unterworfen aber ist: ob er sie insgesammt umfasse, oder, ob man noch wieder zu einer neuen Beschränkung hinabsteigen müsse? — Wir glauben das Erstere, und suchen unsere Meinung vorlaufig durch den Satz zu begründen: was Jemanden rechtlich nicht gebührt, das darf er auch nicht haben oder behalten, wenn nicht derjenige, welchem dadurch ein Verlust entstehen würde, durchaus freiwillig — also nicht durch Irrthum verleitet — darauf verzichtet. Es beruht dieser Satz zum Theil auf dem Ausspruche, den die Römer selbst gradezu auf Vernunft und Billigkeit gründen: „Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem“[20]). Doch viel allgemeiner noch, und alle Verhältnisse umfassend, in welchen Jemand überhaupt eher einen Rechtsgrund besitzt, ist die Bestimmung der L. 54. D. de condict. indebiti. Ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, repetitioni locus erit.“ Ist mithin eine Verbindlichkeit schlechthin ungültig und nichtswirkend, so ist es die aus Irrthum geschehene Anerkennung und Erfüllung ebenfalls: „Nam jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident“ sagt Marcian L. 25. D. de act. rer. amotar. und eben so allgemein Ulpian L. 6. D. de cond. ob turp. vel injust. caus. „Perpetuo Sabinus pro-

20) L. 206. D. de R. jur. L. 14. D. de cond. indeb.

bavit veterum opinionem existimantium, id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici“ [21]). —

Sollten nun wohl die Römer den Grundsatz: regula est, juris ignorantiam cuique nocere, so weit ausgedehnt haben, daß auch dem, welcher Rechte ausübt, die ihm nicht zustehen, eine Berufung darauf wider den Irrenden zu gestatten sey, — daß ein unrechtlicher Erwerb blos darum geschützt werden müsse, weil der Verlierende sich in einem Rechtsirrthum befand? Dieß ist nun freilich noch von Niemanden ganz allgemein behauptet, was auch nicht geschehen konnte, ohne die deutlichsten Entscheidungen unserer Gesetze wegzuläugnen, namentlich a) die Bestimmung der schon oben (§. 3. nr. 1. a. E.) vorgekommenen L. 79. D. de legat. II. [22]); ferner b) der

---

21) Im Ganzen steht unter diesen Grundsätzen auch die Bestimmung: wer unter der Bedingung einer Gegenleistung etwas hingiebt, ist, wenn diese aus einem rechtlichen, dem Geber unbekannten, Hindernisse nicht erfolgen konnte, das Gegebene zurückzufordern befugt. L 1. und 5. C. de cond. ob caus. dator. Ganz willkührlich beschränkt Voet (comment. ad Pand. XII. Tit. 4. §. 7.) die ganz allgemeinen Bestimmungen beider Stellen grade auf die seltneren Fälle, wenn dem Geber das factische Verhältniß unbekannt gewesen sey. Doch dem Argument, welches Glück (Pand. XIII. p. 35.) gegen ihn gebraucht: „die Grundsätze von der condictio indebiti lassen sich da nicht anwenden, wo von einer datio ob causam futuram die Rede ist“ — können wir freilich kein Gewicht beilegen.

22) Tiedemann (oder Fricke) cit. Diss. p. 31. behandelt die Klage der Freigelassenen gradezu als eine condictio indebiti, was freilich falsch ist; Cujacius dagegen erklärt Papinians Entscheidung aus dem Grundsatze: suum petentibus non nocet juris ignorantia, Donellus endlich sieht den Fall als ein bloßes damnum amittendae rei an (Lib. 1. C. 21. §. 17.). Das Resultat, worin alle drei mit einander übereinstimmen, ist richtig, indem ihre einseitigen Gesichtspunkte in dem wahren aber viel allgemeineren Grunde: was man nicht rechtlich erworben

Digitized by Google

L. 20. pr. fam. ercisc. „Si filia nupta, quae dotem conferre debuit, per errorem coheredum (der hier nur Rechtsirrthum seyn kann, wie sich auch aus dem hinzugefügten Entscheidungsgrunde ergiebt) ita cavit: ut, quod a marito recuperasset, pro partibus hereditariis solveret: nihilominus arbitrum familiae erciscundae sic arbitraturum Papinianus scribit, ut etiam si constante matrimonio ipsa dies extremum obierit, conferatur dos: nam imperitia coheredum jurisdictionis formam mutare nequit“ [23]).

Doch, in den Fällen, für welche die Grundsätze der condictio indebiti gelten, soll, nach einer ziemlich allgemeinen Behauptung der Juristen, was aus einem Rechtsirrthum indebite geleistet ist, nicht zurückgefordert werden können! — Fragen wir zuförderst nach einem allgemeinen Grunde für diese Behauptung. — Wenn die Römer den Grundsatz: „Niemand darf behalten, was er ohne allen, oder ohne einen von den Gesetzen anerkannten Grund besitzt“, selbst da ganz unbedingt zur Anwendung bringen, wo Jemand, mit Rücksicht auf eine Gegenleistung, etwas erfüllt, also in einem Verhältnisse, welches eine wirkliche obligatio seyn würde, sobald die Gegenleistung rechtlich möglich wäre: was hätte sie wohl bewegen können, sie auf den factischen Irrthum zu beschränken, wenn eine gar nicht existirende, oder rechtlich wieder aufgehobene, Schuld erfüllt ist? Grade hier, — in einem Verhältnisse, für welches nicht blos die oben erwähnte allgemeine Vorschrift des positiven Rechts, sondern auch der Vernunft- und Billigkeitsgrundsatz gilt, und von den Römern zur Anwendung gebracht wird: natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletio-

---

habe, das dürfe man auch nicht behalten, — nothwendig zusammentreffen müssen.

23) Auch der Scholiast der Basiliken findet hierin eine Anwendung der Regel: juris error non nocet in damnis rei suae amittendae (Tom. V. Basilicor. p. 702. not. c.).

Digitized by Google

rem [24])! Widerstreitet es nicht eben so sehr dem Rechtsgefühl, daß Jemand das Seinige einbüßen müsse, weil Rechtsirrthum ihn zur Erfüllung einer nicht vorhandenen Verbindlichkeit bestimmte, als weil er durch factischen Irrthum zu einer falschen Ansicht über seine Befugnisse verführt wurde? Man abstrahire einmal von allen, wirklichen oder eingebildeten, positiven Rechtsregeln, und frage sich, wie man z. B. folgende Fälle entscheiden würde: ein debitor speciei zahlt dem Gläubiger den Werth der Sache, welche ohne sein Verschulden, und vor eingetretener mora solvendi, untergegangen ist [25]); — ein Zehntpflichtiger hielt sich an den Wortbegriff des Zehnten, oder des zehnten Pfennigs, da doch nur ein geringeres Quantum von ihm gefordert werden kann; — ein testamentarischer Erbe zahlt an entferntere Verwandte des Testirers, die er, durch Rechtsirrthum verleitet, für Notherben hält, um Impugnativmittel gegen das Testament zu entfernen, eine Abfindungssumme; — ein überlebender Ehegatte, welcher mit seinen Stiefkindern theilen muß, bringt auch sein eignes Vermögen mit zur Theilung, indem er die Verpflichtung dazu irrigerweise für eine Wirkung der fortgesetzten Gütergemeinschaft hält [26]), u. dgl. m. — Ueberlassen wir die Beantwortung dieser Fragen denen, welche nicht mit uns übereinstimmend denken, und fragen weiter: ob denn etwa der Rechtssatz über Zurückforderung einer Nichtschuld überall nur in jener eingeschränkten Beziehung ausgesprochen sey? Auch dieß läßt sich nicht behaupten; — wo nicht etwa nur ein ein-

---

24) L. 66. D. de condict. indeb. „Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.

25) Dieß Beispiel führt der Scholiast der Basiliken zu dem: suum petentibus non nocet, der L. 7. D. h. t. an. (libr. Basilic. T. I. p. 100. not. 9.

26) Ein solcher Fall findet sich bei Engelbrecht in select. consult. colleg. Jct. Grgph. Resp. 65. nr. 63. richtig entschieden. —

Digitized by Google

zelner Fall mit Rücksicht auf die ihm zum Grunde liegenden besonderen Verhältnisse entschieden wird, da erfordern die Gesetze ganz allgemein zur Begründung der Condiction nur, daß die Zahlung aus Irrthum erfolgt sey [27]), wie denn auch in dem Pandektentitel de condictione indebiti — also grade da, wo die Regel am bestimmtesten ausgesprochen und am vollständigsten angewandt wird — nirgends zwischen factischem und rechtlichem Irrthum unterschieden wird [28]). Daß es mithin jener Behauptung an allgemeiner Begründung fehlte, ist wohl gewiß, uns dagegen fehlt es nicht an speciellen Entscheidungen, in welchen der allgemeine Rechtssatz auch auf solche Fälle bezogen wird, wo die unverbindlich geleistete Zahlung durch Rechtsirrthum veranlaßt war. Von diesen übergehe ich diejenigen, wo eben so leicht ein factischer, als ein Rechtsirrthum zum Grunde liegen kann, (wie z. B. L. 32. §. 1. L. 59. D. de cond. indeb. L. 5. C. de pactis u. a. m.) um nicht nöthig zu haben, gegen eine Behauptung anzukämpfen, welche freilich direct nicht leicht zu widerlegen ist, eben, weil sie völlig ohne Beweis da steht, — ich meine die Behauptung: daß der ohne näheren Zusatz gebrauchte Ausdruck: error im Zweifel stets nur auf factischen Irrthum zu beziehen sey! Andere Stellen sind weniger zweideutig, und lassen theils gar nicht, theils nur auf eine höchst gezwungene Weise, eine Beziehung auf error facti zu, oder geben wenigstens doch dem eben erwähnten Nothbehelfe keinen Raum. Es gehören hieher, zuerst die L. 10. C. de condict. indeb. Sie ist eine der 50 Decisionen. Justinian entscheidet hier die Frage: wem die Wahl zustehe, wenn, im Fall einer alternativen Verbindlichkeit, der Schuldner durch

---

27) L. 1. D. de cond. indeb.

28) Selbst die Gegner läugnen dies nicht, halten es indessen keiner sonderlichen Beachtung werth. H. Donell. comment. jur. civil. Lib. XIV. C. 14. p. 696. col. B. (edit. Hanov.) Glück's Pand. XIII. S. 140.

Digitized by Google

Unwissenheit verleitet [29]) beide Objecte geleistet habe, und nur das eine wieder zurückfordere: ob der Empfänger zu bestimmen habe, was er zurückgeben wolle, oder der Verpflichtete, welche Sache ihm zurückgegeben werden solle? Die Frage also: ob hier überhaupt ein Zurückforderungsrecht statt finde? war unter den röm. Rechtsgelehrten nie bestritten; nur auf das Wahlrecht bezog sich der Streit. — Noch entscheidender sind folgende Stellen: L. 16. §. 14. D. de publicanis: Wer indebite Zoll bezahlt habe, könne das Gezahlte zurückforden. In Fällen dieser Art ist factischer Irrthum gewiß so höchst selten der Veranlassungsgrund unverbindlicher Zahlungen, daß es doch wahrlich dem Verfasser dieser Stelle (Marcian) nicht zu verzeihen wäre, seinen Satz so allgemein gestellt zu haben, wenn dieser in der That nur in einer so eingeschränkten Beziehung gelten könnte! — Ferner die L. 16. §. 2. D. de minoribus: Wenn einem minor ein Fideicommiß unter der Bedingung hinterlassen sey, daß, im Falle er ohne Kinder sterben würde, es wieder an den Erben zurückfallen solle, er aber nach des Letztern Tode dessen Erben wegen der Restitution Sicherheit bestelle, so sey dagegen nicht einmal Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nöthig, sondern er könne gradezu seine Caution condiciren, indem ein gleiches Recht ja auch den Großjährigen zustehe. — Auch hier kann es wohl schwerlich einem Zweifel unterliegen, daß der Grund des übereilten Versprechens nicht in einem factischen Irrthume zu suchen sey, sondern in einer falschen Ansicht von der rechtlichen Wirkung dieser testamentarischen Disposition; hätte Ulpian den seltneren Fall vor Augen gehabt,

---

29) — „cum licentia fuerat, unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit.“ Diese Ausdrücke lassen wohl kaum einen Zweifel zu, daß wenigstens Justinian dabei den Fall vor Augen hatte, wenn durch Rechtsunkunde der Schuldner zu der Meinung verleitet war, daß er beides zu geben verpflichtet sey, so selten freilich auch ein solcher Grad der Unwissenheit seyn mag.

daß die Art der Verfügung dem fideicommissarischen Erben nicht genau bekannt gewesen, oder er sich ihrer nicht erinnere, gewiß würde er dann nicht unterlassen haben, darauf besonders aufmerksam zu machen. — Weiter gehört hieher die schwierige L. 35. D. de cond. indeb. (eine der s. g. leges damnatae). Sie enthält folgenden Fall: Von zwei Haussöhnen, die beide ein peculium haben, macht der Eine dem Anderen eine Anleihe; beide werden Erben des Vaters, nach dessen Tode der Schuldner dem Darleiher die theilweise durch Confusion erloschene Schuld bezahlt. Hier entscheidet nun African: daß das Gezahlte, insoweit die Schuld durch Confusion erloschen sey, auf jeden Fall, ja auch selbst für den übrigen Theil zurückgefordert werden könne, insoferne der Gläubiger aus seines Bruders peculium seine Befriedigung erhalten habe [30]). — Schon die besondere Beschaffenheit des Falls, wobei ein Irrthum in jure so leicht möglich war, macht es mindestens sehr wahrscheinlich, daß die Erfüllung der theilweise erloschenen obligatio durch eine Unbekanntschaft mit dem — vermöge des Zusammmentreffens eines Erwerbes durch Hauskinder, der Confusion, und der Verhältnisse aus dem Peculium — etwas verwickelten Recht veranlaßt wurde; eine Beschränkung auf factischen Irrthum aber würde hier so auffallend willkührlich seyn, daß selbst die Gegner sie verwerfen, und sich nur dadurch zu helfen suchen, daß sie — was freilich nicht minder willkührlich

30) Beide Peculien gehörten nämlich zum väterlichen Vermögen; das eine mit der Forderung, das andere mit der Verbindlichkeit. Das Recht auf jene nun war auf beide Söhne vererbt, so daß mithin der Darleiher auf jeden Fall nur die Hälfte der von ihm gemachten Anleihe in Anspruch nehmen konnte. Als Erbe der Schuldverbindlichkeit muß er aber auch zu dieser mit beitragen, jedoch, da eine Peculiarschuld auf dem Peculium haftet, nur insoferne ein Theil des Peculiums auch wirklich auf ihn gekommen ist. — M. vgl. Glücks Pand. XIII. S. 88. fgg. Zu den von ihm angeführten Schriftstellern ist noch hinzuzufügen: Tiedemann l. c. s. VII.

Digitized by Google

ist — diesen Fall für eine bloße Ausnahme erklären [31])! In folgender Stelle wird jedoch gradezu gesagt, daß unverbindliche Leistungen, welche durch Rechtsirrthum veranlaßt werden, zurückgenommen werden könnten: L. 1. pr. D. ut in possesion. legator. „Si quis, cum vetitus esset satis accipere, acceperit: an repeti satisdatio ita possit, ut heres condicat liberationem? et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. Quid deinde, si ignoravit remissam sibi satisdationem? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, qui jus ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse. Quid deinde, si commissa sit stipulatio? fidejussores putamus exceptione uti posse — quia ex ea causa intercessit satisdatio, ex qua non debuit." Also: wenn ein Testirer dem Erben die den Legatarien und Fideicommissarien in gewissen Fällen zu bestellende Caution erläßt, jener aber, in der Meinung, eine solche Remission sey rechtlich unstatthaft, sie dennoch leistet, so kann er sein Versprechen condiciren, und die in Anspruch genommenen Bürgen können sich durch eine Exception schützen. — Aus dem benigne quis dixerit schließt man nun wohl, daß dieser Fall nur als Ausnahme zu betrachten sey, findet darin also noch einen indirecten Bestätigungsgrund für die entgegenstehende Ansicht. Man darf indessen nur daran denken, daß ja erst seit einer Constitution des Kaisers Marc Aurel dem Erben die Caution wirksam erlassen werden durfte [32]), um sich den Grund von Ulpians Zweifel zu erklären. Das Gesetz, welches gegen das früher bestehende Recht die Remission für gültig erklärte, hatte eine regelmäßige Verbindlichkeit des Erben eingeschränkt; stellte man sich nun die für den Erben

---

31) M. s. Glück a. a. O. S. 150.

32) L. 46. D. de pactis. L. 2. C. ut in possess. legator.

Digitized by Google

hieraus entspringende Befugniß als eine in dem Gesetz selbst gegründete vor [33]), so stand ja dieser Fall unter dem nämlichen Gesichtspuncte, welcher z. B. für die Lex Falcidia galt (S. §. 5. C. 1. b.), d. h. es blieb nur noch eine Art von natürlicher Verbindlichkeit zur Cautionsbestellung, welche wenigstens in dem Falle, wenn sie aus Veranlassung eines rechtlichen Irrthums wirklich erfolgt wäre, ihre Wirkung äußern konnte. Nur darin zeigte sich freilich ein Unterschied, daß hier der unmittelbare Grund des dem Erben zustehenden Rechts nicht, wie bei der Falcidia, das Gesetz, sondern der Wille des Verstorbenen war; da dieser indessen ohne das neue Gesetz nicht hätte wirksam seyn können, so schien allerdings der Zweifel nicht unerheblich, welchen Ulpian nur durch eine benigna interpretatio entfernen zu können glaubt. Daß aber nicht dieser Zweifelsgrund, sondern der Wille des Testirers und der darauf beruhende der Erben, für das überwiegende erklärt wurde, beweiset vielleicht deutlicher als alles übrige, wie wenig den röm. Juristen ein Zweifel darüber in den Sinn gekommen sey, ob für die Sphäre der condictio indebiti dem rechtlichen Irrthume mit dem factischen gleiche Wirkungen zugestanden werden könnte, oder nicht [34]).

Diesem allen setzt man nun, um eine entgegenstehende Regel [35]) zu begründen, insonderheit zweierlei entgegen. Zuerst

---

33) Diese Vorstellungsart liegt auch folgender Stelle (Marcians) nicht undeutlich zum Grunde: „quia, postquam remitti talem cautionem jure publico placuit, nec onus cautionis sequitur.“ L. 12. D. ut legat. seu fideic. servand. causa caveatur.

34) Vergl. auch noch L. 37. D. de auro, argento etc. legat. „Ornamentorum appellatione vestem muliebrem non contineri, nec errorem heredis jus mutasse respondi.“

35) Alle Stellen, welche zu dieser Regel schlechterdings nicht passen wollen, erklärt man dann gradezu für Ausnahmen, wenn

Digitized by Google

das „suum petentibus“ und „in damnis amittendae rei suae non nocet juris ignorantia“ Papinians. — Nun kann man immer zugeben, daß Papinian hierbei zunächst an ein Verfolgen oder Vertheidigen dessen, was sich noch im Eigenthume des Irrenden befindet, gedacht, und dieser Umstand die Wahl seiner Ausdrücke bestimmt habe; da er aber ja überhaupt nur beabsichtigte, den Fällen, wo der Rechtsirrthum nicht verziehen wird, solche entgegen zu stellen, in welchen ein Irrthum Niemanden schädlich ist, dazu es jedoch keineswegs einer erschöpfenden Darstellung der Letzteren bedurfte, so fällt das hierauf gegründete Argument von selbst über den Haufen. Es lassen hierbei auch jene Ausdrücke eine ganz allgemeine Bedeutung zu. Das „suum petere“ kann auf Alles gehen, was man zu fordern hat, mithin auch auf blos persönliche Forderungen [36]), wie selbst Cujacius dieß sehr richtig bemerkt [37]). Der Ausdruck: dammnum amittendae rei suae aber kann nur durch Gefahr eines Verlustes übersetzt werden; also: um einen Verlust von uns abzuwenden, können wir uns — versteht sich immer unter den bekannten Einschränkungen — auf Rechtsunwissenheit berufen. Nun aber ist im Rechtssinne das noch nicht verloren, worauf man ein Forderungsrecht hat [38]),

---

gleich ihre Fassung deutlich zu erkennen giebt, daß in ihnen eine allgemeine Regel enthalten oder angewandt sey!

36) z. B. L. 6. D. quae in fraud. cred. — „eum, qui suum recipiat, — hoc est eum, qui quod sibi debetur, recipiat.“ L. 5. §. 5. D. de doli mali except. „quoniam creditor suum petit“ — u. viele andere Stellen.

37) Prael. in Papin. p. m. 511. „Suum est, non tam quod suum est proprietate, sed etiam quod suum est obligatione, i. e. sibi debitum. Wenn er aber hinzufügt: „in hac quaestione, de cond. indebiti, indebitum dicitur sed per quod nullo jure debetur,“ so ist dieß ein bloßer Wahlspruch, dessen völliger Ungrund zum Ueberflusse noch aus L. 26. §. 3. de cond. ind. dargethan werden kann.

38) L. 143. D. de V. S. „Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem: habetur enim quod peti potest.“

Digitized by Google

folglich ist es eine reine petitio principii, wenn Donellus aus jenem Ausdrucke schließt, daß, im Fall einer durch Rechtsirrthum wirklich schon erfolgten Leistung, das Zurückforderungsrecht ausgeschlossen werde!

Mit mehr Schein gründet man diese Ansicht auf einige Rescripte des Codex. Von dieser kommt am wenigsten in Betracht die L. 7. C. h. t. „Error facti nec dum finito negotio nemini nocet: nam causa decisa velamento tali non instauratur.“ Denn sie enthält nur den Satz: daß nach rechtskräftig entschiedener Sache auch der factische Irrthum kein Grund seyn könne, den Streit wieder zu erneuern [39]). Mehr Aufmerksamkeit verdienen schon die L. 6. C. h. t. [40]) und die L. 6. C. de cond. indebit. [41]). Doch immer enthalten sie keinen directen Beweisgrund, sondern nur ein argumentum a contrario, wovon im röm. Recht überhaupt nur mit großer Vorsicht Gebrauch zu machen ist, ganz besonders aber bei der Auslegung solcher Rescripte, in welchen das factum nicht vollständig, und getrennt vom Entscheidungsgrunde vorgetragen ist, sondern beide zu einem Hauptsatze verwebt sind. Hier veranlaßte das Bestreben nach Kürze die Verfasser oder Sammler

---

39) S. §. 2. nr. 2. b. not. 16.

40) „Si non transactionis causa, sed indebitam, errore facti, olei materiam vos Archantico stipulanti spopondisse Rector provinciae animadverterit, reddito quod debetis, residui liberationem condicentes audiet.“ Da diese Stelle nur von einer condictio liberationis oder indebiti promissi spricht, so ist schwer einzusehen, wie Cujacius und Donellus sie mit ihren Theorien vereinigen wollen. Denn soll einmal das argumentum a contrario gelten, so würde hiernach auch ein durch Rechtsirrthum veranlaßtes Versprechen nicht condicirt werden dürfen.

41) „Si per ignorantiam facti non debitam quantitatem pro alio solvisti, et hoc adito Rectore provinciae fuerit probatum: hanc ei, cujus nomine soluta est, restitui eo agente providebit.“

derselben häufig, das factische Verhältniß durch gewisse allgemeine Ausdrücke zu bezeichnen, ohne grade dabei einen bestimmten Gegensatz vor Augen zu haben, und diesen dadurch ausschliessen zu wollen. Folgt dennoch der Schluß auf's Gegentheil mit logischer Nothwendigkeit, so müssen wir ihn freilich gelten lassen; entsteht aber, wie dieß der gewöhnliche Fall ist, dadurch nur ein Doppelsinn, oder eine Zweideutigkeit, so ist das argumentum a contrario schlechthin zu verwerfen, und die Entscheidung dem frühern Rechte gemäß zu erklären, insoferne nicht etwa eine Abänderung desselben aus anderen Gründen mit Bestimmtheit nachgewiesen werden kann. — Wenden wir das Gesagte auf unsre beiden Rescripte an, so ergiebt eine unbefangene Ansicht derselben leicht, daß die darin vorkommenden Ausdrücke: errore facti und per ignorantiam facti, keineswegs nur unter der Voraussetzung einen Sinn geben, daß man sie im bestimmten Gegensatze zur juris ignorantia denkt, sondern, ohne den Worten Zwang anzuthun, folgende Erklärung leiden: „wer, unkundig des wahren Sachverhältnisses, mehr versprochen hat, als er schuldig ist, der kann sein Versprechen, insoweit es den wahren Schuldbetrag übersteigt, condiciren;" — „wenn Jemand, unter der irrigen Voraussetzung, daß ein Anderer etwas schuldig sey, für ihn bezahlt hat, so steht diesem die condictio indebiti gegen den Empfänger zu."

Den wichtigsten Grund für ihre Theorie finden die Gegner aber in der L. 10. C. h. t., die hier noch einmal stehen mag: (Impp. Diocl. et Maximian. et Constant. et Maximis. Caess. 306.) „Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio: per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est." In der That würde es kein Mittel geben, diese Stelle mit unserer Ansicht zu vereinigen, wäre sie nicht ein bloßes Rescript. Jetzt aber wird es nur darauf ankommen, ob sich eine leicht mögliche, oder wohl gar wahrscheinliche, Beziehung derselben auf einen Fall der Anwendung nachweisen läßt, wodurch sie einen mit den oben vorgetragenen Rechts-

grundsätzen übereinstimmenden Sinn erhält. Der von den Vertheidigern unserer Ansicht gewöhnlich für diesen Zweck eingeschlagene Weg ist, daß sie in dem Rescript eine bloße Anwendung des Rechtsatzes finden: ejus, quod natura debetur, soluti nulla repetitio est [42]). Nun ist freilich nicht zu läugnen, daß in den mehrsten Fällen, wo der wirksamen Erfüllung einer Naturobligation ein Irrthum zum Grunde liegt, dieser stets ein Rechtsirrthum seyn wird; dieß ist nämlich so oft der Fall, als über die Wirkung der natürlichen Verbindlichkeit ein Irrthum statt findet. — Wirksam oder unwiederruflich ist aber ist die Erfüllung, selbst einer Naturalschuld, alsdann nicht, wenn über die Identität des Schuldverhältnisses geirrt wurde, oder wenn der Schuldner bei der Zahlung eine ganz andere causa debendi vor Augen hatte. Sobald nämlich nicht grade aus dem Grunde gezahlt wurde, den das Gesetz eingeschränkt hat, so kann ja auch der Zurückforderungsklage nicht die Einrede entgegengesetzt werden: der Kläger habe durch seine Zahlung diese Schuldverbindlichkeit anerkannt [43]). So kann also

---

42) So Vinnius sel. quaest. Lib. I. C. 47. a. E. u. Tiedemann cit. Diss. §. XII. — Ich bemerke bei dieser Gelegenheit, daß die Tiedemannsche Schrift, welche diese Frage zum alleinigen Gegenstande hat, fast unbrauchbar dadurch wird, daß der Verf. seine Theorie in einer allzugroßen Ausdehnung geltend zu machen sucht, und über diesem Bestreben die Gründe, worauf die wirkliche Gleichheit zwischen juris und facti ignorantia beruht, völlig verfehlt.

43) z. B. wenn ein ehemaliger Haussohn die aus einer baaren Anleihe entstandene Schuld, welche von ihm aber irrthümlich für eine auf einem Kauf entstandene gehalten wird, durch Zahlung oder Novation (denn die Wirkungen von beiden sind hier gleich) aufhebt. Ein solcher Fall liegt unstreitig der Entscheidung des Pomponius in L. ult. D. ad Sct. Maced. zum Grunde: „Si is, cui, dum in potestate patris esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus, per ignorantiam facti, novatione facta, eam pecuniam expromisit, si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit.“

factischer Irrthum allerdings ein Grund werden, die aus einer natürlichen Verbindlichkeit erfolgte Zahlung zu wiederrufen; daß mithin die Kaiser durch diesen Gegensatz wohl veranlaßt werden konnten, daraus eine ganz allgemeine Rechtsregel, so wie sie dem Anscheine nach in L. 10. C. h. t. enthalten ist, zu bilden, wird gewiß zugegeben werden müssen. Doch wahr würde diese Regel nicht seyn, indem man nicht sagen kann, daß factischer Irrthum stets die Zurückforderung möglich mache; — man denke z. B. nur an den Fall, daß der Schuldner, unbekannt mit einem ihn frei sprechenden Erkenntnisse, Zahlung geleistet habe. — Auch läßt sich, wie ich glaube, das Reskript unserer Ansicht gemäß erklären, ohne den Kaisern eine Idee unterzuschieben, wodurch die Theorie über die Wirkung der Naturalobligationen eine ganz veränderte Gestalt gewinnen würde. — Man wird sich erinnern, daß oben (§. 5. C. 1.) von einer Verschiedenheit zwischen juris und facti ignorantia in Beziehung auf die, ohne rechtliche Nothwendigkeit geschehene Erfüllung einer Forderung die Rede war. — Wer nämlich ohne allen Rechtsgrund, oder aus einem Grunde, wogegen das Gesetz dem Schuldner eine exceptio perpetua giebt, irrthümlich Zahlung leistet, der kann in der Regel das Gegebene zurückfordern [44]), insoferne das Gesetz ihn nicht auf bloße Exceptionsrechte beschränkt [45]); und in beiden Fällen erzeugen der rechtliche und factische Irrthum im Ganzen gleiche Wirkungen. Nur bei der unverbindlichen Erfüllung testamentarischer Dispositionen (soferne der Erbe zur Anerkennung des letzten überall rechtlich verpflichtet

---

(Eine Spur von der richtigen Erklärung dieser Stelle findet sich schon bei der Glosse a. E. der Bemerkungen zu derselben: „Item etiam si solvit, dummodo ex alia causa se crederet debere, non puto eum comprobare.“

44) L. 26. §. 3. 7. L. 43. D. de cond. indeb. L. 34. §. 11. D. de solut.

45) S. oben §. 2. nr. 2. d. not. 23.

ist) macht das Gesetz zwischen rechtlichem und factischem Irrthume einen Unterschied, so daß nämlich die Unbekanntschaft mit der gesetzlichen Einschränkung, zufolge deren Vermächtnisse in gewissen Fällen gar nicht, oder doch nur zum Theil, erfüllt werden dürfen, gegen den Erfolg der einmal erfolgten Leistung dem Erben nicht zu statten kommt. Gesetzt nun also, der den Kaisern zur Entscheidung vorgelegte Fall betraf bezahlte Vermächtnisse, die der Erbe zu erfüllen nicht verpflichtet war, oder wovon er die Quarta Falcidia hätte abziehen können, so konnten die Gefragten, ohne ein Mißverständniß befürchten zu dürfen, den Entscheidungsgrund unbedenklich so ausdrücken: „Wer unbekannt mit dem Rechtssatze, der diese Forderung für ein indebitum erklärt, die Erfüllung leistet, kann das Gegebene nicht zurückfordern; denn es ist eine bekannte Rechtsregel, daß nur factische Unwissenheit unbedingt zur Zurückforderung eines indebiti berechtige.“ Daß grade ein solcher Fall gemeint sey, wird dadurch sehr wahrscheinlich, daß die der L. 10. voraufgehende Bestimmungen meistens die unverbindliche Anerkennung oder Erfüllung von Rechten betreffen, die der Erbe nicht gelten lassen durfte, die Compilatoren wohl gar absichtlich diese Bestimmungen voraufgehen liessen, um die Fälle recht hervorzuheben, in welchen, nur unter Voraussetzung eines factischen Irrthums, die Erfüllung für den Erben unverbindlich ist. — Wer die Sache unbefangen prüft, dem dürfte diese Vertheidigung eines, auf der Natur der Sache beruhenden, und durch die deutlichsten Aussprüche der Gesetze anerkannten Grundsatzes, gegen die aus ein paar Rescripten des Codex hergenommenen Argumentationen völlig genügend erscheinen.

§. 9.

Auch bei der jetzt folgenden Darstellung der Ausnahmen müssen wir uns im Ganzen innerhalb den Schranken halten, welche wir uns für den Hauptgegenstand gesteckt haben; d. h. es kommen hier zunächst nur die Ausnahmen von der Regel in Betracht, welche den verschiedenen Einfluß des factischen und

rechtlichen Irrthums bestimmt. Doch würde diese Darstellung zu keinen sicheren Resultaten führen, wenn wir nicht zuvor bemüht wären, einen festen Standpunct zu gewinnen, um das Verhältniß dieser besonderen Bestimmungen, unter sich und zu anderen, Ausnahmen sowohl wie Rechtsregeln, und überhaupt den Umfang des für die begünstigten Personen daraus entstehenden Rechts, klar übersehen und beurtheilen zu können. Dazu mögen denn die folgenden Bemerkungen dienen:

1) Da Rechtsunwissenheit sich in weit mehreren Fällen äussert, als die Regel über den Unterschied zwischen juris und facti ignorantia umfaßt, folglich auch ihre möglichen Wirkungen viel weiter erstreckt, so beschränken sich begreiflich auch die Ausnahmen nicht auf die unter dieser Regel stehenden Fälle. Im Allgemeinen lassen sich nun die Ausnahmen auf drei Hauptclassen zurückführen. Die eine umfaßt nebst andern Fällen auch solche, die unserem Gegenstande angehören, (man kann sie die gemeinschaftlichen nennen); davon soll gleich unten die Rede seyn. Die zweite Classe der Ausnahmen besteht aus solchen, welche nur die unter unserer Regel stehenden Fälle ergreifen; so wie die Dritte diejenigen Ausnahmen enthält, welche zur Sphäre derselben überall nicht gehören. Von den letzteren sollen hier nur diejenigen genannt werden, welche sich gewöhnlich als Ausnahmen von der Regel: „auf Rechtsunwissenheit könne sich Niemand berufen“, anzukündigen pflegen, oder auch ohne diese Veranlassung in den Kreis unserer Lehre hineingezogen worden sind: a) die Bestimmungen, welche ein Rechtsgeschäft zum Besten gewisser Personen, auch ohne das Dasein der regelmäßig erforderlichen, äußeren oder inneren Bedingungen seiner Gültigkeit, für ein rechtlich wirksames erklären, es mag nun dadurch für diese Personen gradezu ein anderes Recht festgesetzt, oder nur ausnahmsweise der durch ein bloßes Versehen erzeugte Mangel der regelmäßigen Form für unschädlich erklärt seyn. Weil Rechtsunerfahrenheit die gewöhnliche Veranlassung solcher Vernachlässigungen ist, so pflegt sie auch

wohl als der Grund dieser Privilegien genannt zu werden [46]); doch auch ein factischer Irrthum läßt sich hier als Veranlassungsgrund gedenken, ohne gleichwohl den nicht privilegirten Personen in diesen Fällen zur Entschuldigung zu gereichen, weßhalb denn diese Ausnahmen unserem Gegenstande völlig fremd sind. (Vgl. §. 2. nr. 1. a. E.) — b) Durch eine kaum begreifliche Verwirrung der Begriffe hat man auch die Bestimmung: daß Frauen, die auf Veranlassung einer Intercession, unbekannt mit ihrer Rechtswohlthat, geleistete Zahlung zurückfordern könnten [47]), bieher gezogen [48]). Es ist ja hier aber von einer Einschränkung regelmäßiger Wirkungen der Rechtsunwissenheit überall nicht die Rede, sondern von einem den Frauen zustehenden Vorrecht, welches nur nicht zur Anwendung kommen soll, wenn sie sich desselben durch dolus verlustig gemacht haben, also in der Regel auch nicht, wenn sie, mit demselben bekannt, sich dennoch verbürgten oder Zahlung leisteten! — c) Viel allgemeiner noch findet man in der L. 25. §. 1. D. de probationibus [49]) eine Ausnahme von der angeblichen Rechtsregel: daß eine juris ignorantia geleistete Zahlung einer Nichtschuld nicht zurückgefordert werden dürfe. Indessen ist darin so wenig von Rechtsunwissenheit, als von der Be-

---

46) z. B. in pr. I. de milit. test. heißt es: den Soldaten sey propter nimiam imperitiam eorum die Beobachtung der regelmäßigen Erfordernisse bei Testamenten erlassen. Vgl. auch §. 2. not. 11. u. L. 40. D. de administr. tut.

47) L. 9. C. ad Sct. Vellej.

48) Hufeland civ. Abh. I. p. 234 nr. 3.

49) „Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles (Cod. Regiom. sed nec miles), vel agricultor et (C. Reg. vel) forensium rerum expers, vel alias simplicitatae gaudens et desidiae (so ließt auch C. Reg.) deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fecisse solutas, et si non ostenderit redhibere."

Digitized by Google

fugniß, eine Nichtschuld zurückzufordern, die Rede, sondern blos von dem Beweise der unverbindlich geschehenen Zahlung, welcher demjenigen stets obliegen solle, der sich mit Minderjährigen, Weibern, Soldaten, und überhaupt mit Geschäftsunerfahrnen oder einfältigen Leuten einläßt!

Als gemeinschaftliche Ausnahmen lassen sich — außer den in der allgemeinen Regel für Minderjährige: daß diese gegen nachtheilige Folgen übereilter Handlungen und unvorsichtiger Unterlassungen, soviel möglich, und insoferne es unbeschadet der wohlerworbenen Rechte Anderer geschehen kann, geschützt werden sollen, so wie in einer ähnlichen, jedoch nach dem neuern Rechte nicht mehr allgemein gültigen, Regel für die rusticitas enthaltenen — nur noch diejenigen ansehen, welche die, nach Verschiedenheit der Umstände auch verschiedenen, nachtheiligen Wirkungen der Rechtsvernachlässigungen und Versäumnisse insgesammt umfassen. Doch sind deren nur sehr wenige. Was nämlich a) die Vernachlässigung einer vorgeschriebenen Rechtsform, oder der materiellen Bedingungen der Gültigkeit eines Rechtsverhältnisses anbetrifft, so ist entweder α) Nichtigkeit die einzige Folge solcher Vernachlässigungen; dann berühren die etwanigen Ausnahmen davon unsere Regel überall nicht. Oder β) es ist zugleich eine Strafe damit verknüpft; hier ist, weil Strafe Niemanden trifft, der sich in einem entschuldbaren factischen Irrthume befindet, die Ausnahme ausschließlich auf die Regel über Verschiedenheit des factischen und rechtlichen Irrthums zu beziehen, ohne auf den Rechtsbestand der Handlung selbst einen Einfluß zu äussern — grade so wie in den Fällen, wo Nachholung des Versäumten, unter Voraussetzung eines factischen Irrthums, noch gestattet ist; nur γ) eine Ausnahme, welche die regelmäßig richtige und strafbare Handlung für eine wirksame und straflose erklärte, würde als eine gemeinschaftliche gelten können. Doch eine solche giebt es nicht [50]).

---

50) Dann die L. 1. §. ult. D. de edendo bestimmt entweder blos die Unschädlichkeit einer unförmlichen Edition der Klage für die

Es bleiben mithin b) nur die Folgen der versäumten Geltendmachung seines Rechts vor dem Richter innerhalb bestimmter Zeitfristen übrig. Hier kommt, wie wir wissen, die Unbekanntschaft mit dem Daseyn einer richterlichen Verfügung Jedem gegen die Nachtheile versäumter Handlungen zu Statten; ein Irrthum anderer Art dagegen entschuldigt regelmäßig überall nicht (§. 2. nr. 2. b. §. 5. B.). Wenn nun Minderjährige unbedingt gegen processualische Versäumnisse restituirt werden [51]), so umfaßt dieß Vorrecht eben sowohl die Fälle, in welchen Großjährige sich auch auf factischen Irrthum nicht berufen können, als diejenigen, wo eine solche Berufung zulässig ist. Eben so allgemein wirkt das den Soldaten in dieser Hinsicht zugestandene Privilegium, L. 1. C. h. t. (Imp. Anton.) „Quamvis, cum causam tuam ageres, ignorantia juris, propter simplicitatem armatae militiae allegationes competentes omiseris: tamen, si nondum satisfecisti, permitto tibi, si coeperis ex sententia conveniri, defensionibus tuis uti." Wenn der Soldat sich auf seine Rechtsunwissenheit soll berufen können, um dasjenige nachzuholen, womit er schon präcludirt ist, so muß ihm dieß Recht in allen Fällen zu Statten kommen, in welchen der regelmäßige Zeitpunkt versäumt ist, ohne daß man erst fragen darf: wie weit hier das Recht der Großjährigen gehe!

2) Eine jede Ausnahme muß stets mit Hinsicht auf die Regel, von welcher sie als Ausnahme gilt, erklärt werden. — So würde es zu auffallend falschen Resultaten führen, wollte man den Satz, welchen Paulus über das Vorrecht Minderjähriger

---

privilegirten Personen; dann gehört sie zu α) —, oder sie bezieht sich, was wahrscheinlicher ist, auf die Strafe wegen verweigerter editio instrumentorum et rationum; dann steht sie unter β) —; auf beides zugleich kann sie nicht gehen.

51) L. 7. D. §. 11. 12. L. 8. D. de minorib. Tit. C. si advers. rem jud.

Digitized by Google

aufstellt: „sicubi non est delictum, non laeduntur“, ganz allgemein und über die Regel hinaus verstehen, welche den Unterschied zwischen factischem u. rechtlichem Irrthume bestimmt [52]); oder wenn man die Bestimmung, daß gewissen Personen gegen die nachtheiligen Folgen rechtswidriger Handlungen, wenn sie nur durch Uebereilung veranlaßt wurden, eine Rechtshülfe angedeihen solle, auch auf die Verpflichtung, Anderen den widerrechtlich zugefügten Schaden zu erstatten, beziehen wollte [53]), oder auf die Gültigkeit und das Fortbestehen eines für strafbar erklärten Rechtsverhältnisses [54]); so wie es falsch ist, wenn man die Bestimmung, daß Letzteres nicht der Fall seyn solle, als eine Folge des Grundsatzes: error juris in compendiis non prodest behandelt [55]). Ein solches Hinüberziehen von

---

52) Denn eine verbotene Handlung wird dadurch zu keiner gültigen — der Rechtserwerb eines Dritten wird dadurch nicht vernichtet u. s. w., daß ein Nachtheil daraus für den Minderjährigen entsteht. (Vgl. §. 2. nr. 1. und not. 14.) „Non omnia, — sagt Ulpian L. 44. D. de minorib. — quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita ejusmodi deprehensa sunt, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt amiserunt, aut quod adquirere emolumentum potuerunt, emiserunt, aut se oneri, quod non suscipere licuit, obligaverunt.“ Für Minderjährige gilt nicht in allen Stücken ein anderes Recht, wie für Andere: „Non videtur circumscriptus esse minor, qui usus sit jure communi“, heißt es in L. ult. C. de in int. rest. minor.

53) Weber über Proceßkosten §. 7. &

54) L. 1. C. de interdicta matrim. L. 38. §. 4. 6. ad L. Inl. de adult. L. 6. pr. D. de lege Cornel. de falsis. L. 5. C. de his qui sibi adscr. in test. Vgl. §. 2. nr. 1. und unten nr.

55) So Donellus C. 21. §. 8. 9. — Wer sieht nicht, daß der leidige Hang zum Generalisiren auch hier wieder den großen Mann verleitete, eine Regel über den Unterschied des factischen

Fällen, in der Sphäre einer fremden Regel oder Ausnahme, ist alle Mal verwerflich, wenn gleich das Resultat sich als ein richtiges bewähren sollte; jede Gränzverwirrung erzeugt unrichtige Begriffe, und erschwert die Einsicht in die wahre Beschaffenheit des Gegenstandes. Sie läßt sich nur vermeiden, wenn man Ausnahmen in steter Beziehung zu der ihnen gegenüber stehenden Regel betrachtet, und sie auf die Fälle beschränkt, welche durch sie bestimmt sind. Diese genaue Absonderung verschiedener Begriffssphären, darf auch selbst bei der Anwendung solcher Ausnahmen nicht fehlen, die vorhin von uns gemeinschaftliche genannt wurden; man würde sonst z. B. Gefahr laufen, zu der falschen Schlußfolgerung zu kommen: daß, weil Minderjährige und Soldaten sich auf Rechtsunwissenheit gegen processualische Versäumnisse berufen dürften, Anderen hier factische Unwissenheit allgemein zu Statten komme! — Noch zeigt sich die Begränzung einer jeden Ausnahme auf ihre eigenthümliche Sphäre von besonderer Wichtigkeit da, wo verschiedene Beziehungen der Regel über juris und facti ignorantia in der Hauptsache auf das nämliche Resultat führen: Wer einen Erwerb vernachlässigt, kann sich in der Regel auf Rechtsunwissenheit nicht berufen; eben so der nicht, welcher ein Strafgesetz übertritt. Nun besteht die Strafe bisweilen in dem bloßen Verlust des Rechts auf einen Erwerb; ihr unterscheidender Charakter aber ist, daß hier als Folge eines Vergehens, als Abbüßung einer rechtswidrigen Handlung das erscheint, was dort die Wirkung eines bloßen Versäumnisses ist. Ausnahmen davon können auch zum Besten solcher Personen angeordnet seyn, welchen sonst in Betreff eines Gewinns Rechts-

---

und rechtlichen Irrthums auf ein Verhältniß zu beziehen, wofür sie nicht gegeben war, und auf diese Weise ganz falsche Resultate zu begründen. Denn von der Regel: in compendiis juris ignorantia non prodest, sind z. B. Minderjährige befreit; sie sind es aber keineswegs in Hinsicht auf den Rechtsbestand an sich ungültiger Handlungen!

Digitized by Google

unwissenheit nie verziehen wird [56]), und wer darin einen Widerspruch findet, der schließt von den gleichen Wirkungen auch auf gleiche Ursachen fälschlich zurück, und verwechselt zwei ganz verschiedene Beziehungen unserer Regel und die von beiden stattfindenden Ausnahmen miteinander.

Durch diese Bemerkungen ist nun freilich den Verwechslungen verschiedenartiger Begriffe vorgebeugt, denen wir auch in diesem Theile unserer Lehre so häufig begegnen; daß es aber dadurch auch möglich werde, hier durchweg zu den festen und bestimmten Resultaten zu gelangen, wie die Anwendung ihrer bedarf, läßt sich freilich nicht behaupten. Dieß unvollständige Resultat erklärt sich zum Theil wohl aus dem Zusammenhange mancher Ausnahmen, mit gewissen eigenthümlichen und uns nicht völlig aufgeschlossenen Ansichten der Römer, größtentheils aber aus der Art der Entstehung dieser Ausnahmen. — Römische Prätoren nahmen sie anfänglich in einzelnen Fällen derer an, welche durch ihre Rechtsunerfahrenheit und mangelhafte Einsicht sich in eine nachtheilige Lage gebracht hatten; daraus bildeten sich nach und nach feste Ausnahmen für gewisse Personen und Fälle, ohne daß deßwegen die Prätoren aufhörten, auch noch in anderen Fällen zu dispensiren; als aber späterhin die Richter auf die Anwendung bestimmter Rechtsnormen eingeschränkt wurden, ohne daß zugleich dafür gesorgt worden wäre, durch möglichste Vollständigkeit und Gleichförmigkeit derselben die freie Justizpflege der Prätoren entbehrlich zu machen, da wurden, hier wie in anderen Rechtslehren, allenthalben Lücken und Ungleichheiten fühlbar, welche sich durch Interpretation nie ergänzen und völlig ausgleichen lassen. Man muß sich auch hier an dem Trost genügen lassen, daß es schon ein Großes sey, das röm. Recht in seinen wesentlichen Bestimmungen und Anwendungen richtig erkannt zu haben.

Als die Gründe, worauf sich sämmtliche Ausnahmen zurück-

---

56) L. 2. §. 1. D. de inspiciendo ventre.

führen lassen, werden uns genannt: minderjähriges Alter, weibliches Geschlecht, Soldatenstand und rusticitas.

A.) Den Minderjährigen wird Rechtsunwissenheit in allen Fällen verziehen, wo Großjährige sich nur auf factischen Irrthum berufen dürfen, ja ohne daß sie einmal der Einschränkung, wie diese in Betreff eines verschuldeten Irrthums, unterworfen sind. Mit wenigen Worten, und doch mit der höchsten Genauigkeit, beschreibt Paulus den ganzen Umfang dieses Vorrechts der Minderjährigen, wenn er sagt: „Minoribus 25 annis jus ignorare permissum est, et ideo, si cubi non est delictum, sed juris ignorantia, non laeduntur“ [57]. Anwendungen enthalten a) in Beziehung auf einen Rechtserwerb: L. 2. und 11. C. h. t. [58], L. 7. §. 6. D. de minorib. („Hodie certo jure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur“) L. 9. pr. in f. D. h. t. [59]) L. 1. C. de in int. rest. — L. 8. D. qui satisd. cog. [60]). — b) In Beziehung auf processua-

---

57) L. 9. pr. D. h. t. Auch gehört hieher die L. 8. C. de i. i. rest. minor. (Impp. Honor. et Theod.) „Minoribus in his, quae vel praetermisserunt, vel ignoraverunt, innumeris auctoritatibus constat esse consultum.“ Es ist dies die interpolirte L. 3. C. Th. de integri rest. (II. 16.)

58) Sie ist aus L. 3. C. Th. de sponsalib. et arte nupt. don. genommen. Weggelassen ist im Justin. Codex die Folgerung, daß die unterlassene Insinuation der donat. ante nuptias minderjährigen Frauen unschädlich seyn solle (vgl. auch L. 8. §. 1. C. Th. eod. L. 17. C. I. de donat. ante nupt.), ein Vorrecht, welches später auf alle Frauen ausgedehnt wurde. (S. oben §. 2. not. 13.)

59) „Hac ratione, si minor 25 annis filiofamilias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filiofamilias credidisse.“

60) S. §. 5. A. nr. 4. — Ueberhaupt ist hiermit zu vergleichen: H. Donellus l. c. C. 21. §. 9.

Digitized by Google

lische Versäumnisse die oben not. 51. angeführten Stellen. — c) In Beziehung auf die ohne Rechtsnothwendigkeit geschehene Erfüllung einer obligatio die L. 2. C. si advers. solution. „Indebito legato, licet per errorem juris a minore soluto repetitionem ei decerni: si necdum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est“ (S. §. 5. C. 1. a.). d) In Beziehung auf die Folgen ihrer rechtswidrigen Handlungen endlich — mögen diese in der Verpflichtung, einen Andern zu entschädigen bestehen, (was hier uns nichts angeht) oder in einer eigentlichen Strafe — gilt ebenfalls der ganz allgemeine Grundsatz für Minderjährige: „ohne Bewußtseyn der Gesetzwidrigkeit ihrer Handlung — ohne dolus — entsteht für sie kein Nachtheil.“ Sie müssen mithin das Alter erreicht haben, in welchem der Mensch das Gute vom Bösen zu unterscheiden, oder eines dolus fähig ist, ehe überhaupt bei ihnen von einer Zurechnung die Rede seyn kann [61]), und selbst dann noch bleibt der geringere Grad der Einsicht, wie er sich von Minderjährigen nur erwarten läßt, nicht ohne alle Berücksichtigung [62]). Besondere Anwendungen enthalten noch: die L. 9. §. 5. de minorib. (§. 6. not. 99.), L. 1. §. 10. in f. D. ad Sct. Turpill. L. 38. §. 4. D. ad leg. Iul. de adulter. [63]). L. 1. §. 5. D. de edendo. L. 2. C. si adv. del. [64]).

---

61) L. 111. pr. D. de reg. jur. L. 13. §. 1. de dolo. L. 4. §. 26. de doli mali except. §. 18. I. de obl. quae ex del-

62) L. 37. §. 1. D. de minor. (cf. L. 9. §. 2. eod.) L. 1. C. si advers. del. L. 7. C. de poenis.

63) Fratres imperatores Claudiae crimen incesti propter aetatem remiserunt: sed distrahi conjunctionem illicitam jusserunt; cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur aetate.“ cf. §. 7. ibi.

64) „Licet in delictis aetate neminem excusari constet: matri tamen, quae filii tutorem aetatis lubrico lapsa non

B.) Wegen der den Frauen in Beziehung auf Rechtsunwissenheit zugestandenen Vorrechte blieb sich die Ansicht wahrscheinlich nicht immer gleich; es scheint, daß Frauen zu einer Zeit mehr wie zu einer anderen begünstigt waren. So werden in einer Constitution der Kaiser Honorius und Theodosius, aus dem J. 414, die Frauen sogar mit den Minderjährigen zusammengestellt: „Et mulieribus et minoribus, in his, quae vel praetermisserint, vel ignoraverint, innumeris auctoritatibus constat esse consultum [65]). Auf ähnliche Weise scheint freilich schon Paulus beide zusammenzustellen: L. 9. pr. D. h. t.: „minoribus 25 annis jus ignorare permissum est, quod et in foeminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: *et ideo*, sicuti non est delictum, sed juris ignorantia, non laeduntur.“ Daß indessen der Nachsatz: et ideo u. s. w. nicht auf Frauen zu beziehen sey, geht theils aus dem: „in quibusdam causis,“ theils aus der in anderen Pandektenstellen deutlich ausgesprochenen viel geringeren Rechtsbegünstigung der Frauen [66]) mit völliger Sicherheit hervor; es leidet mithin keinen Zweifel, daß der sie betreffende Satz in unserer Stelle als Parenthese zu lesen sey, wodurch denn aller Doppelsinn verschwindet. Uebrigens fand eine völlige Rechtsgleichheit der Minderjährigen, und des weiblichen Geschlechts, sicher zu keiner Zeit statt; doch, daß beide sich einmal ziemlich nahe gekommen seyn müssen, ergiebt

---

petiit, eorum minime denegari successionem convenit: cum hoc in majoribus matribus tantum obtineat. Vgl. die nr. 1. dieser §. a. E.

65) L. 3. C. Th. II. 17. woraus die Compilatoren das: et mulieribus weggelassen haben. S. not. 57.

66) Außer den in den Titeln de jur. et f. ignor. vorkommenden Stellen verweise ich hier nur noch auf L. 32. pr. D. ad Sct. Vellej. urb.: „nec enim loco minoris 25 annis circumscripti per omnia habenda est mulier.“

Digitized by Google

sich sowohl aus der vorhin gedachten Constitution der KK. Honorius und Theodosius, als auch aus der Verordnung der KK. Leo und Anthemius, L. ult. C. h. t., welche, wie es scheint, das alte Recht wieder herstellten, indem sie bestimmten, daß den Frauen nicht wegen eines jeden Nachtheils, den sie durch Rechtsunerfahrenheit und übereiltes Handeln sich zugezogen, sondern nur in den durch frühere Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen, eine Rechtshülfe angedeihen solle [67]). Es sind dieß folgende Fälle: a) in Beziehung auf ein eigentliches lucrum wird zwar gradezu den Frauen Rechtsunwissenheit nie verziehen [68]), sondern nur insoferne sie aus der Erlassung einer Strafe mittelbar einen Gewinn erhalten; doch sind sie auch noch in folgenden Fällen in Hinsicht auf Rechtserwerb privilegirt: α) wenn sie sich bei dem Fiscus als solche irrthümlich angeben, welche nicht das Ganze aus einem Testamente erhalten können, so soll ihnen auch ihr Rechtsirrthum unschädlich seyn. Offenbar lag hierbei eine Rücksicht zum Grunde, welcher billig eine viel allgemeinere Wirksamkeit hätte zugestanden werden sollen: daß nämlich dieß Fall nur sehr uneigentlich unter den Gesichtspunkt eines versäumten Erwerbes gehöre. Auch hatten die Kaiser anfänglich dieß Recht als ein allgemeines für Alle anerkannt. L. 13. §. 10. D. de jure fisci. Doch fügten sie später wieder eine Beschränkung hinzu, wodurch ihre Bestimmung die Gestalt einer Rechtswohlthat für Einzelne erhielte: L. 2. §. 7. D. eod. „Complura sunt rescripta principalia, quibus

---

67) „Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare, in his, quae praetermisserint, vel ignoraverint: statuimus, si per ignorantiam juris damnum aliquod circa jus vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri.“

68) L. 8. D. h. t. L. 11. C. h. t. L. 6. C. qui admitti. L. 1. C. de i. i. rest. minor.

Digitized by Google

cavetur, non obesse errorem cuiquam, quod ignarus juris sui ipse se detulerit. Sed extat eorundem principum rescriptum, ex quo videtur posse defendi, ita demum non nocere cuiquam se detulisse, si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem vel propter sexum foemininum jus suum possit." — β) Wenn Frauen die Ergreifung genügender Maaßregeln zur Sicherung des Ihrigen versäumten, kommt ihnen ebenfalls Rechtsunwissenheit zu Statten, um dagegen Restitution zu erhalten. L. 8. §. 2. D. qui satisd. cog. (§. 5. A. nr. 4.). Das Recht, welches eine solche Sicherheitsbestellung giebt, ist ein accessorisches, nicht schon in dem Umfange der Hauptverbindlichkeit liegendes, und insoferne steht es unter dem Gesichtspuncte eines Rechtserwerbs. Doch ein eigentliches lucrum ist es nicht, indem man dadurch ja nur das Seine zu erhalten bezweckt, und darum ist denn auch Ulpian der Meinung, daß man hier allenfalls (forsan) für Weiber eine gleiche Ausnahme eintreten lassen könne, wie für Minderjährige. — b) Die anderen Fälle, in welchen den Frauen eine Rechtsbegünstigung zugestanden ist, betreffen sämmtlich die nachtheiligen Folgen rechtswidriger Handlungen. Es gehören dahin: α) die Bestimmung: es solle einer schwangeren Frau unschädlich seyn, wenn sie aus Rechtsunkunde die gegen Unterschiebung fremder Kinder, oder einen sonst möglichen Betrug, angeordneten gesetzlichen Maaßregeln unterläßt, oder sich ihnen widersetzt. (L. 2. §. 1. D. de inspiciendo ventre. „Sed hoc aliquando remittere Praetor debet, si non malitia, sed imperitia mulieris factum fuerit, ne venter inspiceretur, aut partus custodiretur"); β) die Tochter, welche auf Befehl der Mutter für sich selbst ein Legat im Testamente schreibt, soll von der Strafe der Lex Cornelia frei seyn [69]); γ) Frauen sind von den Nachtheilen entbunden, wel-

69) L. 15. §. 5. D. de lege Cornelia de falsis. Daß hier nur die poena legis Corneliae erlassen sey, nicht aber, wie Cujacius meint (XIV. obs. 39.), die Schreiberin auch auf das

che das Sct. Turpilianum dem Ankläger drohte, welcher die Anklage ohne Abolition wieder aufgebe [70]); δ) die bekannte Bestimmung, daß ein incestus juris civilis den Frauen nicht zugerechnet werden solle, wenn sie juris ignorantia sich dessen schuldig machen [71]); endlich c) soll es ihnen unschädlich seyn, (d. h. es soll die deßhalb angeordnete Pönalklage gegen sie nicht statt finden) wenn sie die Edition der Rechnungen und Urkunden verweigern [72]).

Vermächtniß einen Anspruch machen könne, beweißt sowohl der unmittelbar vorausgehende Satz, als auch die ausdrückliche Bestimmung der L. 6. pr. eod. „Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena legis Corneliae: quamvis inutile legatum sit."

70) L. 1. §. 10. D. ad Sct. Turpill Es kann keinen Zweifel leiden, daß auch dieser Fall hieher gezogen werden müsse, wenn gleich hier nicht ausdrücklich Rechtsunwissenheit als Befreiungsgrund genannt wird. Factischer Irrthum entschuldigt nämlich, wenn von strafbaren Handlungen die Rede ist, Alle, das Bewußtseyn der Gesetzwidrigkeit seiner Handlung dagegen Niemanden, Rechtsunwissenheit nur in der Regel nicht. Jedes, die Folgen strafbarer Handlungen betreffende Privilegium muß daher zunächst immer als ein auf juris ignorantia gerichtetes betrachtet werden; denn, wenn gleich nicht geläugnet werden soll, daß ein, gewissen Personen ganz allgemein zugestandnes Vorrecht, auch auf Bestimmung des Grades der Zurechnung, oder auf die Modification, welcher die Regel: facti ignorantia non nocet, unterworfen ist, von Einfluß seyn könne, so kommt dieß doch für die Hauptmomente der Zurechnung weiter in keinen Betracht, am wenigsten aber hört dadurch das Privilegium auf, ein in Beziehung auf Rechtsunwissenheit zustehendes zu seyn.

71) L. 38. §. 2. D. ad L. Jul. de adulter. Nur eine consequente Beziehung dieses Privilegiums ist es, wenn bestimmt wird, daß auch die das Vermögensverhältniß betreffenden Strafbestimmungen (L. 4. C. de incest. inut. nupt.) auf die Frau keine Anwendung leiden sollen, Nov. 12. C. 1. in f.

72) L. 1. §. 5. D. de edendo. „Eis, qui ob aetatem, vel rusticitatem, vel ob sexum lapsi non ediderunt, vel ex

C.) Soldaten sind, was a) den Rechtserwerb anbetrifft, auch in Ansehung des lucri privilegirt. L. 9. §. 1. D. h. t. „Si filiusfamilias miles a commilitone heres institutus nesciat, sibi etiam sine patre licere adire, et ideo ei dies aditionis [73]) cedit“ [74]). — b) Einreden, welche ein Soldat während des Processes vorzuschützen unterlassen hat, darf er auch noch in der Executionsinstanz vorbringen; doch kann aus diesem Grunde das schon Bezahlte nicht wieder zurückgefordert werden [75]). — c) In Beziehung auf die Uebertretung

---

alia justa causa, (wegen factischer Unwissenheit, oder eines sonstigen factischen Hindernisses) subvenietur.“ cf. Noodt in comment. ad h. Dig. Tit. (opp. T. II. p. 57.)

73) Die Meisten schieben ein non zwischen aditionis und dies. Auch in der Königsbergischen Handschrift findet es sich und zwar von der alten Hand. (Bei Vacarius fehlt die Stelle.) Allerdings müßte es nach dem ganzen Zusammenhange so heißen, wenn das: dies aditionis cedit, hier schlechterdings keine andere Bedeutung haben könnte, als das: non cedit ei tempus, in L. 1. §. 1. D. h. t. Doch ließe sich die Florent. Lesart wohl vertheidigen, wenn man das cedit dies hier in dem Sinne nimmt, in welchem es freilich nur bei den Vermächtnissen vorkommt, indessen dasselbe nach dem gemeinen Sprachgebrauch auch auf eine Erbschaft bezogen werden kann; nämlich: das Recht auf die Erbschaftsantretung ist ihm erworben, er transmittirt es folglich auf seine Erben. Auch die Basiliken bestätigen die Florent. Lesart.

74) Eine Anwendung auf bonorum possessio enthält die L. 1. C. de rest. milit., wenn gleich von der juris ignorantia darin nicht ausdrücklich die Rede ist. Die L. 22. pr. C. de jure deliber. enthält ein ganz allgemeines Privilegium für Soldaten gegen die Folgen übereilter Erbschaftantretungen. Da nichtprivilegirte Personen in dieser Hinsicht sich auch auf factische Unwissenheit nicht berufen dürfen, so kommt dieß Vorrecht für uns überall nicht in Betracht, wenn gleich in dem Gesetze der juris ignorantia als Veranlassung der übereilten Antretung gedacht wird.

75) L. 1. C. h. t.

Digitized by

von Strafgesetzen ist den Soldaten die poena legis Corneliae erlassen, wenn sie aus Unkunde des Gesetzes sich selbst ein Legat im Testamente geschrieben haben [76]). Auch soll angehenden Soldaten die Unwissenheit der militärischen Disciplinargesetze nicht zum Nachtheil gereichen [77]).

D.) Um zu richtigen Begriffen über rusticitas, als Befreiungsgrund gegen den Eintritt strengrechtlicher Folgen, zu gelangen, werden einige allgemeine Bemerkungen uns wieder den Weg bahnen müssen. — Daß man Minderjährigen, Frauen, und Soldaten zu Hülfe kam, hatte zunächst in der allgemeinen Rechts- und Geschäfts-Unerfahrenheit dieser Personen seinen Grund. Aber auch noch bei anderen fand sich eine gleiche Veranlassung zur Milde; bei solchen Menschen nämlich, deren stumpfer und träger Verstand, oder deren Beschäftigung mit den niedrigsten Arbeiten des Lebens, sie fast gleichgültig macht gegen Alles, was sich nicht zunächst auf Befriedigung ihres äußeren Lebensbedarfs, und auf den einfachen Mechanismus ihres Geschäftsberufs, bezieht. Besonders aber bei dem schlichten, einfältigen Landbewohner wird dieser Zustand geistiger Trägheit, diese Theilnahmlosigkeit an Allem, was den Kreis überschreitet, worin er sich täglich bewegt, und — was hieraus hervorgeht — diese Rechtsunerfahrenheit, häufig angetroffen werden, und eben aus dieser alltäglichen Erscheinung im Leben bildete sich für das Wort rusticitas der Begriff, nicht blos der blöden Einfalt und der Unbekanntschaft mit den Sitten des Weltmanns, sondern auch eines Mangels an Rechts- und Geschäftskenntniß; und so umfaßt denn dieser Ausdruck alle und jede Gründe,

---

76) L. 5. C. de his qui sibi adscrib. in test. „Quod adhibitus ad testamentum commilitonis scribendum jussu ejus servum tibi adscripsisti, pro non scripto habetur, et ideo id legatum petere non potes: sed secuto tenore indulgentiae meae, poena legis Corneliae tibi remittitur; in quam credo, te magis errore quam malitia incidisse."

77) L. 4. §. 15. D. de re militari.

Digitized by Google

weßhalb das Gesetz gegen nachtheilige Folgen unvorsichtiger Handlungen zu Hülfe kommt [78]), und wird eben darum auch wohl zur Bezeichnung der Rechtsunerfahrenheit der zu einer, ohnehin schon privilegirten, Menschenclasse gehörigen Personen gebraucht [79]). Andere Ausdrücke, die häufig neben rusticitas genannt werden, dienen nur zur Bezeichnung verschiedener Nüancirungen des nämlichen Hauptbegriffs; so: mediocritas, simplicitas, inertia, ineptia, segnities [80]), imperitia. Dieser letztere Ausdruck insonderheit ist nichts anders, als: rusticitas, bezogen auf Rechts- und Geschäftsverhältnisse, und wird darum in unserer Materie so sehr häufig gebraucht; indessen eben dadurch gewöhnte man sich daran, ihn überhaupt für Rechtsunerfahrenheit zu nehmen, bezog ihn mithin auch auf concrete Rechtsunwissenheit [81]), worauf freilich rusticitas nie gehen kann. Diese letztere Bedeutung der imperitia kommt hier nicht weiter in Betracht, und es fragt sich blos noch: wann sie gemein sey, und wann der allgemeinere Begriff? Aber auch selbst diese Frage hat kein practisches Interesse in den Fällen, wo entweder die Unwissenheit eines Dritten Jemanden für unschädlich erklärt [82]), oder der imperitia

---

78) L. 2. C. de in jus vocando. L. 8. C. qui admitti ad B. P. poss.

79) So wird die imperitia der Frau, wovon in L. 2. §. 1. D. de inspiciendo ventre die Rede ist, an einer andern Stelle (L. 1. §. 15. eod.) gradezu rusticitas genannt.

80) L. 25. §. 1. D. de probationib. (S. not. 49. dies. §.) L. 3. §. ult. D. de suspect. tutor. L. 6. §. 19. D. de excusationib. — Vgl. Noodt Probabil. jur. civil. Lib. I. C. 13. nr. 7.

81) So werden error und imperitia bisweilen als facti und juris ignorantia einander schlechthin entgegengesetzt. L. 3. §. 22. D. de Scto Silan. L. 20. D. de aqua et aq. pluv. arc. — Vgl. auch Brisson. de V. S. s. h. v. §. 2. 3.

82) L. 26 D. de test. tut. L. 14. §. 4. D. de bonis libertor. L. 23. D. de poenis.

Digitized by Google

schlechthin die Wirkung abgesprochen wird, Nachtheile von dem Irrenden zu entfernen [83]). Nur da also, wo ein Berufen auf Rechtsunwissenheit zugelassen wird, ist es wichtig zu wissen: ob schon die Unwissenheit in concreto entschuldige, oder nur eine absolute Rechtsunerfahrenheit? Hierüber lassen sich denn folgende Regeln geben, die wohl schwerlich eines näheren Beweises bedürfen: a) wenn von der imperitia der Minderjährigen, Frauen, oder Soldaten, als Entschuldigungsgrund die Rede ist, so liegt hierbei freilich der Begriff der absoluten Rechtsunerfahrenheit zum Grunde, ja es läßt sich der Ausdruck gradezu so übersetzen; doch umfaßt er alsdann zugleich die Fälle einer concreten Unwissenheit dieser Personen, indem sonst kein Vorrecht mehr für sie darin würde enthalten seyn. — b) Wo dieß nicht der Fall ist, da kann unter imperitia ein concretes Nichtwissen nur verstanden werden, wenn sie entweder dem dolus entgegen gesetzt, oder bestimmt wird, daß nur dieser schädlich sey, oder wenn sie als Grund des Mangels freier Einwilligung genannt wird [84]).

Aus dem Gesagten ergiebt sich nun folgendes Resultat: 1) die Rechtsbegünstigung der rusticitas läßt sich nicht als besonderes Privilegium für den Bauernstand ansehen; oder: Bauern sind nicht schon als solche entschuldigt, sondern nur in soferne bei ihnen die allgemeine Rechtsunerfahrenheit, da, wo die Gesetze sie als Befreiungsgrund gelten lassen, auch wirklich angetroffen wird. Ein anderes ist, wenn die präsumtive Rechtsunwissenheit der Bauern der Veranlassungsgrund zu einem besonderen Privilegium für den Stand selbst geworden ist [85]); doch läßt sich dieß nicht annehmen, wenn zwar Bauern genannt

---

83) L. 32. pr. D. de negot. gest.

84) Wie in L. 15. D. de jurisdictione. L. 20. D. de aq. et aq. pluv. ascend (S. oben §. 3 not. 55.) L. 20. pr. D. fam. ercisc (S. §. 8. den zur Note 23. gehör. Text.)

85) S. oben §. 2. not. 12.

Digitized by Google

sind, allein in einem Zusammenhange, welcher deutlich ergiebt, daß nicht eigentlich die Personen gemeint seyen, sondern man nur deren präsumtive Rechtsunwissenheit dabei vor Augen gehabt habe [86]). — 2) Daß diese rusticitas als allgemeiner Grund betrachtet worden sey, um Verlust und Strafen zu entfernen, sobald durch prätorische Cognition das Daseyn derselben in einem solchen Grade ausgemittelt war, welcher die freie Einsicht und Ueberlegung für den concreten Fall wohl hatte verhindern können —, dieß läßt sich zwar direct nicht erweisen, wird aber durch die Stellen, worin rusticitas als Grund der außerordentlichen Rechtshülfe, zum Theil selbst für die noch besonders privilegirten Personen, angegeben ist, insonderheit aber durch eine, welche bestimmt, daß rusticitas kein Grund seyn könne, Handlungen ungestraft zu verüben, deren Widerrechtlichkeit einzusehen es keiner Rechtskenntniß bedürfe [87]), — zu einem hohen Grade der Wahrscheinlichkeit gebracht. Doch kann, wie oben bereits bemerkt wurde, schon, seitdem die freie Justizverwaltung der röm. Prätoren aufhörte, diesem Grunde kein so allgemeiner Einfluß mehr zugestanden werden, sondern wir müssen uns dabei auf die ausdrücklich bestimmten Fälle einschränken —, welche aber ihre Wirkung ganz allgemein, mithin auch auf die sonst schon privilegirten Personen äussern, insoferne die Begünstigung der rusticitas sich weiter erstreckt, als ihr Privilegium.

Von den einzelnen Fällen selbst geben hier nur solche uns

---

86) So in L. 25. §. 1. D. de probat. u. L. 6. §. 19. D. de excusat. — wo überdem die Landbauer nur in der griech. Stelle von Modestin, und zwar neben den ταπεινοις (humilibus) u. a. genannt werden.

87) L. 2. C. de in jus voc. „Venia edicti non petita — — patronum — a libertis — non debere in jus vocari, jus certissimum est: nec in ea re rusticitati venia praebeatur, cum naturali ratione honor hujusmodi personis debeatur."

etwas an, die sich auf die Regel über Verschiedenheit des factischen und rechtlichen Irrthums beziehen. — Nur einer derselben betrifft einen Erwerb [88]), die übrigen geben sämmtlich auf die Uebertretung von Strafgesetzen. Es sind dieß: L. 2. §. 1. D. si quis in jus vocatus non ierit [89]); ferner die oben schon erwähnten L. 2. §. 7. D. de jure fisci und L. 1. §. 5. D. de edendo —, vielleicht auch die L. 5. §. 1. in f. D. de his quae ut indign. [90]). — Nicht hieher gehören aber folgende Stellen: L. 3. §. 18. de susp. tut.: „Ob segnitiem, vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam remotus in hac causa est, ut integra existimatione tutela vel cura abeat. Sed si quis ob fraudem non removebit aliquem, non erit famosus." Sie enthält nur eine Anwendung des bekannten Rechtssatzes: daß nur den wegen dolus Verurtheilten die infamia treffen könne. — Ferner die L. 7. §. 4. D. de jurisdict. [91]) und die L. 3. §. 22. D. de Seto Silaniano (§. 6. not. 94.). An beiden Stellen wird rusticitas nur unter mehreren anderen Gründen, welche den dolus ausschließen, genannt, imperitia aber kann hier sehr wohl concrete Rechtsunwissenheit bedeuten, oder schließt diese

88) L. 8. C. qui admitti etc. (Vgl. §. 5. A. 2. not. 58.)

89) „Si quis in jus vocatus non ierit, ex causa (nur aus einem hinreichenden Grunde) a competente judice mulcta pro jurisdictione judicis damnabitur: rusticitati enim hominis parcendum erit."

90) cf. Schol. Basilic. VII. p. 751. not. x.

91) (Pr.) „Si quis id, quod jurisdictionis perpetuae causa — in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quingentorum aureorum judicium." (§. 4.) „Doli mali autem ideo in edicto fit mentio, quod si per imperitiam, vel rusticitatem, vel ab ipso Praetore jussus, vel casu aliquis fecerit, non tenetur."

Digitized by Google

doch auf jeden Fall mit ein, da, was hier völlig entscheidend ist, zum Begreiff dieser Vergehungen dolus erfordert wird.

Zu welcher Klasse der begünstigten Personen Jemand nun auch gehöre, immer versteht sich dabei von selbst, daß eine Kenntniß des Gesetzes in concreto die Berufung auf ein Vorrecht ausschließe, welches ja eben auf Entfernung der durch Rechtsunwissenheit veranlaßten Nachtheile gerichtet ist. Damit ist nun aber keineswegs gesagt, daß er auch den Beweis der Unbekanntschaft mit dem Gesetz übernehmen müsse. Denn für Minderjährige, Frauen, Soldaten, einfältige und rechtsunerfahrne Personen, hat das Gesetz — und zwar für die ersteren ganz allgemein, für die übrigen in einer eingeschränkteren Beziehung — die Vermuthung der Unwissenheit sanctionirt, indem es dieselben als solche characterisirt: „quibus jus ignorare permissum est“ — indem es außer ihren Handlungen auch noch eine scientia, malitia, dolus erfordert um gewisse Nachtheile für sie eintreten zu lassen. Gegen sie wird folglich erwiesen werden müssen, daß ihnen der Rechtssatz bekannt war, dessen Anwendung auf sich sie jetzt abzuwehren suchen.

Digitized by Google

Bedeutende Druckfehler und resp. Nachträge.

S. a. S. 272.

S. 188. Z. 6. l. könnten st. konnten.
— — — 7. l. worden st. werden (auch) nur st. nun.
— — — 10. ist hinter dem Wort „scheint“ einzuschalten: weder diese, noch eine andere, sondern (allein)
— 189. — 10. l. Verbundenen, st. verbundene.
— — Not. 8. l. 10. 11. st. 10. 17.
— 190. Z. 7. l. eis conjunctis st. quae eis conjunctae sunt.
— — — 8. l. denegamus st. denegarimus.
— — — 11. l. wurde st. wird.
— — — 18. l. emtor, nur st. emtor: und
— 195. Not. 22. l. ereptitium st. creptitium
— 196. Z. 6. v. u. l. modo st. mode
— 197. — 8. l. veniat st. perveniat
— 198. — 11. a. E. ist zuzusetzen: daß man diese Verordnung auch auf eine castrensis hereditas ausdehnte, bedarf wohl keiner Erklärung, wenn diese auch nicht durch die bekannten Grundsätze über das castrense peculium hinreichend gegeben werden sollte.
— — — 17. l. Bedeutung st. Andeutung
— 199. — 11. l. worin st. wo nie
— 200. — 2. l. mittelbar st. mittelbaren
— — Not. 30. l. agnascire st. agnoscire
— 322. Z. 8. v. u. l. als solchen statt in solche
— 323. — 2. v. u. l. documentum st. testamentum
— 325. — 3. v. u. Not. 37. l. Urkunde st. Merkmale
— 346. — 1. l. Activmasse st. Passivmasse
— 356. — 3. l. Gemeinschuldners, st. Gläubigers
— 358. — 18. l. Vorhandenseyn st. Nichtseyn.

Die Abhandlung nr. XXXII. S. 318 bezeichne man mit XXXII 1. und die nr. XXXII. S. 332 mit XXXII 2.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

Register

über

den Inhalt der drei Hefte des zweiten Bandes.

Von der Beweiskraft einer Privaturkunde gegen einen Dritten und dessen teutschrechtlicher Verbindlichkeit zur Anerkennung oder eidlichen Ableugnung, besonders in Hinsicht auf Cession. Von Gensler. Heft I. nr. I. 1. S. 1 — 26

Von dem Antrag des Schiedeseides über die Handlung eines Andern — facta aliena — namentlich über die Cession. Von demselben. Heft I. nr I. 2. S. 1 — 26

Eine nähere Erörterung der Streitfrage: darf ein streitender Theil dem andern über die Legitimation zur Sache den Schiedeseid antragen? Von demselben. Heft I. nr. I. 3. S. 1 — 26

Grundsätze der Einlassung auf eigene Handlungen und der desfalsigen Eideszurückschiebung. In einem Rechtsfall. Von Gensler. Heft I. nr. II. 1. S. 27 — 35

Ueber den Gebrauch des sogenannten Glaubenseides. In einem Rechtsfall. Von demselben. Heft I. nr. II 2. S. 27 — 35

Findet der Antrag des Schiedeseides in Ehescheidungsstreitigkeiten Statt? Von demselben. Heft I. nr. III. S 36 — 38

Ueber die Verbindlichkeit des Rathgebers und das mandatum in gratiam mandatarii. Von dem Dr. L. J. Neustetel zu Hanau. Heft I. nr. IV. S. 39 — 51

Bemerkungen über die quasipupillaris substitutio. Von Dr. Unterholzner, Professor der Rechte zu Breslau. Heft I. nr. V. S. 52 — 66

Inwieferne läßt sich für verheimlichte Zuwendungen eine Befreiung von der Collation behaupten? Von dem Geheimen Rath Dr. Dabelow zu Halle, jetzt Professor der Rechte zu Dorpat.
Heft I. nr. VI. S. 67 — 82

Noch einige Bemerkungen zu L. 5. §. 7. ff. de adim. leg. (34. 4.) und L. 10. pr. ff. de reb. dub. (34. 5.) Von dem Obertribunalrath H. J. Klüpfel zu Stuttgart. Heft I. nr. VII. S. 83 — 87

Ueber die Beweiskraft archivalischer Urkunden. Von Dr. Spangenberg, Hof- und Canzleirath zu Celle. Heft I. nr. VIII. S. 87 — 111

Das ädilitische Edict leidet keine Ausdehnung, und geht nicht auf alle verkaufbaren Dinge. Von Dr. E. Gans, aus Berlin. Heft I. nr. IX. S. 112 — 118

Beiträge zur Lehre vom Beweise durch Sachverständige. Von Mittermaier. Heft I. nr. X. S. 119 — 140

Ueber das forum continentiae causarum. Von demselben. Heft I. nr. XI. S. 141 — 152

Uebersicht der Literatur des deutschen bürgerlichen Processes in den Jahren 1818 — 1819. Von Mittermaier. Heft II. nr. XII. S. 153 — 169

Ueber den Gang der Civilproceßgesetzgebung in den teutschen Staaten im Jahre 1818. Von demselben. Heft II. nr. XIII. S. 169 — 185

Kurze Bemerkungen aus dem Gebiete des Erbrechts. Von dem Geheimen Regierungsrath u. Professor von Löhr in Gießen. Heft II. nr. XIV. S. 186 — 200
Vergl. a. Heft III. S. 452.

Es giebt keine gesetzliche Pflicht zur Redotation. Von Dr. Zimmern, Privatdocenten an der Universität zu Heidelberg. Heft II. nr. XV. S. 201 — 206

Ueber die Curatel des weiblichen Geschlechts von hohem Adel. Von dem Rath und Amtmann Oberländer, zu Königsberg in Franken.
Heft II. nr. XVI. S. 206 — 210

Wann darf der Richter die illiquide except. compensationis zur besondern Ausführung verweisen? Von dem Hofgerichtsadvocaten K. L. Reh, zu Darmstadt, mit einem Zusatz von Gensler.
Heft II. nr. XVII. S. 210 — 217

Beitrag zu der Lehre vom qualificirten Geständniß, im Gegensatz des einfachen. Dabei Beweis, daß dem Beklagten obliege, zu beweisen, der Vertrag sey unter Bedingung geschlossen. Von Dr. Gesterding, Professor der Rechte zu Greifswalde. Heft II. nr. XVIII. S. 217 — 227

Beitrag zu der Lehre von der Delegation. Von demselben. Heft II. nr. XIX. S. 227 — 234

Von der Verantwortlichkeit des Vormundes in Ansehung ausstehender, zum Vermögen des Mündels gehörender, Forderungen. Von ebendemselben. Heft II. nr. XX. S. 234 — 242

Kann auch der socius unius rei nur in id, quod facere potest, verurtheilt werden? Von Dr. E. Gans, aus Berlin. Heft II. nr. XXI. S. 242 — 246

Auch einige Worte über fr. 63. D. 17. 2. und fr. 16. D. 42. 1., von dem legislativen und practischen Gesichtspunkt aus. Von Gensler. Heft II. nr. XXII. S. 247 — 252

Noch einige Worte über fr. 63. D. 17. 2. und fr. 16. D. 42. 1. Von Dr. E. Gans, aus Berlin. Heft III. nr. XXXIII. S. 343 — 343

Zu der L. 34. §. 1. und 2. ff. de obligat. et act. 44. 7. Von dem Obertribunalrath H. J. Klüpfel, zu Stuttgart. Heft II. nr. XXIII. S. 254 — 255

Betrachtungen über gemischte Interventionen. Von Mittermaier. Heft II. nr. XXIV. S. 256 — 267

Ueber den Zeitpunkt der Gültigkeit eines unter Abwesenden geschlossenen Vertrages. Von dem Hofrath und Professor Wening zu Landshut. Heft II. nr. XXV. S. 267 — 271

Ueber den Fall eines concursus legatorum. Von dem Etats- und Obergerichtsrath v. Schirach, zu Glückstadt. Heft II. nr. XXVI. S. 271 — 276

Von dem thatsächlichen (factischen — historischen) Klaggrund der condictio sine causa, cond. indebiti, und cond. furtiva, In einem Rechtsfall. Von Gensler. Heft II. nr. XXVII 1. S. 277 — 289

Von der Beweislast im Gebiete der vorbenannten Klagen. Desgleichen in einem Rechtsfall. Von demselben. Heft II. nr. XXVII 2. S. 277 — 289

Digitized by Google

Ein Beitrag zu der Lehre von der quasipupillaris substitutio. Von dem Privatdocenten des Rechts Dr. Zimmern zu Heidelberg.
Heft II. nr. XXVIII. S. 289 — 290

Kurze Bemerkung über das vertragsmäßig vorbehaltene Eigenthum an der verkauften und tradirten Sache. Von Gensler. Heft II. nr. XXIX. S. 291 — 293

Ueber die Wirkung eines bei Gelegenheit des Beweises zum ewigen Gedächtnisse abgelegten Geständnisses. Von Mittermaier, nebst einem Zusatz von Gensler. Heft II. nr. XXX. S. 293 — 294

Betrachtungen über die Schenkung auf den Todesfall, ihren eigentlichen Character, und ihre bisher allgemein angenommene Widerruflichkeit. Von dem Etats- und Obergerichtsrath von Schirach zu Glückstadt. Heft III. nr. XXXI. S. 297 — 317

Theoretisch-practische Bemerkungen über die Anerkennung — Agnition und Recognition — der schriftlichen Beweisurkunden, deren Anerkennung durch Instruments- und andere Zeugen, den Diffessionseid, die Handschriftvergleichung und andere Aechtheitsbeweise. Von Gensler.
Heft III. nr. XXXII 1. S. 318 — 333

Ueber die Vergleichung der Handschriften nach römischem Rechte. Von dem Obertribunalrath Klüpfel zu Stuttgart. Heft III. nr. XXXII 2. S. 333 — 342

Allgemeine theoretisch-practische Bemerkungen über das Wesen des teutschen gemeinen Concurs-Prozesses und einzelner Erscheinungen in diesem, mit Bezug auf Martins Lehrbuch des teutschen gem. bürgerl. Prozesses. 1819. §. 310. u. 311. Von Gensler.
Heft III. nr. XXXIV. S. 345 — 360

Ueber juris und facti ignorantia und deren Einfluß auf Rechtsverhältnisse. Von dem Professor der Rechte Dr. Mühlenbruch, zu Halle.
Heft III. nr. XXXV. S. 361 — 451

Als Anhang des Heft I. Bd. II. ist angezeigt: Beitrag zu der Lehre von der Diligenz u. Culpa u. s. w., von Gensler.

Digitized by Google

Daniel Knode
Digitized by Google

Digitized by Google